

الفقه الإسلامي وأدلته

السائل للأدلة الشرعية والآراء الذهبية وأهم النظريات الفقهية
وتحقيق الأحاديث النبوية وتخرجها

وفهسة الفبائية للموضوعات وأهم المسائل الفقهية

« من يريد الله به خيراً يفقهه في الدين »

تأليف

الدكتور وهبة الزحيلي

المجلد الرابع

النظريات الفقهية والعقود

دار الفكر



الطبعة الثانية ١٤٠٥ هـ = ١٩٨٥ م
ط ١ ، ١٤٠٤ هـ = ١٩٨٤ م

جميع الحقوق محفوظة

يمنع طبع هذا الكتاب أو جزء منه بكل طرق الطبع والتصوير ، كما يمنع الاقتباس منه ، والترجمة إلى لغة أخرى ، إلا بإذن خطي من دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر بدمشق

سورية - دمشق - شارع سعد الله الجابري - ص.ب (٩٦٢) - س.ت ٢٧٥٤
هاتف ٢١١٠٤١ ، ٢١١١٦٦ - برقياً : فكر - تلكس Sy 411745 FKR Tx

الصف التصويري : على أجهزة C.T.T. السويسرية
الإفشاء (أوفست) : في المطبعة العلمية بدمشق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مركز الفقه الإسلامي
مركز الفقه الإسلامي

الفقه الإسلامي والأئمة

وقفہ اسلامیات

تقديم

تقتضي طبيعة التدرج المنطقي الانتقال من الجزئيات إلى الكليات ، ومن الأفراد إلى التركيب ، ومن الأحكام الجزئية إلى النظريات العامة ، كما هو منهج الدراسة القانونية الحديثة . لذا كان لزاماً علينا البحث عن نظريات الفقه الإسلامي ، وما أكثرها ، بالرغم مما يكتنف ذلك من صعوبات استقرائية في تتبع أحكام المسائل الفقهية في بحار الكتب القديمة المترعة بالثروة الفقهية الضخمة ، التي تمتاز بخصوبتها ومرونتها وتغطيتها لاحتمالات متعددة ، لا تقل عن أروع ما ابتكره الفكر القانوني الحديث ، بل تفوقه أحياناً بالحرص على القيم الخلقية العالية والمصالح العامة .

وبدراسة طائفة من النظريات الفقهية ، يتجلى للمتلأمل إحكام الربط بين الحكم الشرعي ومصدره والأصول أو النظريات الفقهية التي أدركها المجتهدون من مصادر الشريعة واتخذوها نبراساً لهم في الاجتهاد .

وقد أشرت لما يتفق مع القانون ويختلف فقهاً وقانوناً ، ودعمت الحكم الشرعي بدليله النقلي المعتمد على القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة ، أو بالدليل العقلي المتجه نحو رعاية المصلحة ودرء المفسدة .

هذا ... وقد بحثت في الأجزاء الثلاثة الأولى القسم الأول من هذا الكتاب ، وهو « العبادات » .

وأتابع في هذا الجزء بحث القسم الثاني من الكتاب وهو أهم النظريات الفقهية

ومدى الاستفادة منها في القوانين الوضعية ، وذلك في فصول خمسة وملحق ، كما سأبحث في هذا الجزء أيضاً خمسة عقود من القسم الثالث وهو « العقود » .

أما موضوعات القسم الثاني أو فصوله فهي نظرية الحق ، الأموال ، نظرية الملكية ، نظرية العقد ، المؤيدات الشرعية ، أهم ما اقتبسه القانون المدني من الفقه الإسلامي .

والله أسأل أن يوفقنا جميعاً لإدراك عظمة الفقه الإسلامي وغناه وواقعيته وسداده ، لنعود إليه عند وضع القوانين عن جدارة وتقدير، تاركين الاعتماد على الفقه الغربي ونظرياته وحلوله الغريبة عنا .

المؤلف

الفصل الأول

نظرية الحق

النظرية : معناها المفهوم العام الذي يؤلف نظاماً حقوقياً موضوعياً تنطوي تحته جزئيات موزعة في أبواب الفقه المختلفة ، كنظرية الحق ، ونظرية الملكية ، ونظرية العقد ، ونظرية الأهلية ، ونظرية الضمان ، ونظرية الضرورة الشرعية ، ونظرية المؤيدات الشرعية من بطلان وفساد وتوقف وتخيير ونحو ذلك مما سنبحثه هنا .

ومن المعروف أن فقهاءنا لم يقرروا أحكام المسائل الفقهية على أساس النظريات العامة وبيان المسائل المتفرعة عنها ، وفق المنهاج القانوني الحديث ، وإنما كانوا يتتبعون أحكام المسائل والجزئيات والفروع ، مع ملاحظة ما تقتضيه النظرية أو المبدأ العام الذي يهيم على تلك الفروع . ولكن بملاحظة أحكام الفروع يمكن إدراك النظرية وأصولها .

وبذلك تختلف النظرية عن القاعدة الكلية مثل (المشقة تجلب التيسير) (والأموال بمقاصدها) في أن النظرية بناء عام لقضايا ذات مفهوم واسع مشترك . أما القاعدة فهي ضابط أو معيار كلي في ناحية مخصوصة من نواحي النظرية العامة .

ونوضح نظرية الحق في أربعة مباحث :

الأول - تعريف الحق وأركانه

الثاني - أنواع الحق

الثالث - مصادر الحق أو أسبابه

الرابع - أحكام الحق

المبحث الأول - تعريف الحق وأركانه

وفيه مطلبان :

المطلب الأول - تعريف الحق :

الحق في اللغة العربية له معانٍ مختلفة تدور حول معنى الثبوت والوجوب مثل قوله تعالى : ﴿ لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ عَلَىٰ أَكْثَرِهِمْ ، فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ ﴾ أي ثبت ووجب . وقوله سبحانه : ﴿ لِيُحَقِّقَ الْحَقَّ وَيُبْطِلَ الْبَاطِلَ ﴾ أي يثبت ويظهر . وقوله عز وجل : ﴿ جَاءَ الْحَقُّ وَزَهَقَ الْبَاطِلُ ﴾ أي الأمر الموجود الثابت . وقوله تعالى : ﴿ وَلِلْمُطَلَقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَىٰ الْمُتَّقِينَ ﴾ أي واجباً عليهم .

وتطلق كلمة الحق على النصيب المحدد مثل قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ ، لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ ﴾ ، كما تطلق على العدل في مقابلة الظلم مثل قوله تعالى : ﴿ وَاللَّهُ يَقْضِي بِالْحَقِّ ﴾ .

وأما عند الفقهاء فقد ورد تعريف للحق عند بعض المتأخرين فقال : الحق ، هو الحكم الثابت شرعاً^(١) . ولكنه تعريف غير جامع ولا شامل لكل ما يطلق عليه لفظ الحق عند الفقهاء . فقد يطلق الحق على المال المملوك وهو ليس حكماً ، ويطلق على الملك نفسه ، وعلى الوصف الشرعي كحق الولاية والحضانة والخيار ، ويطلق على مرافق العقار كحق الطريق والمسيل والمجرى . ويطلق على الآثار المترتبة على العقود كالالتزام بتسليم المبيع أو الثمن .

(١) حاشية قر الأقرار على شرح النار للشيخ عبد الحلیم اللكنوي ، أول مبحث الحقوق .

وعرفه بعض الأساتذة المعاصرين ، فقال أستاذنا الشيخ علي الخفيف : الحق ، هو مصلحة مستحقة شرعاً^(١) . لكنه تعريف بالغاية المقصودة من الحق ، لا بذاتيته وحقيقته ، فإن الحق : هو علاقة اختصاصية بين صاحب الحق والمصلحة التي يستفيد منها .

وقال الأستاذ مصطفى الزرقاء : الحق : هو اختصاص يقرر به الشرع سلطةً أو تكليفاً^(٢) . وهو تعريف جيد ؛ لأنه يشمل أنواع الحقوق الدينية كحق الله على عباده من صلاة وصيام ونحوهما ، والحقوق المدنية كحق التملك ، والحقوق الأدبية كحق الطاعة للوالد على ولده ، وللزوج على زوجته ، والحقوق العامة كحق الدولة في ولاء الرعية لها ، والحقوق المالية كحق النفقة ، وغير المالية كحق الولاية على النفس .

ويتميز هذا التعريف بأنه أبان ذاتية الحق بأنه علاقة اختصاصية بشخص معين ، كحق البائع في الثمن يختص به ، فإن لم يكن هناك اختصاص بأحد ، وإنما كان هناك إباحة عامة كالاصطياد والاحتطاب والتمتع بالمرافق العامة ، فلا يسمى ذلك حقاً ، وإنما هو رخصة عامة للناس .

والسلطة : إما أن تكون على شخص كحق الحضانة والولاية على النفس ، أو على شيء معين كحق الملكية .

والتكليف : التزام على إنسان إما مالي كوفاء الدين ، وإما لتحقيق غاية معينة كقيام الأجير بعمله .

وأشار التعريف لمنشأ الحق في نظر الشريعة : وهو إرادة الشرع ، فالحقوق في الإسلام منح إلهية تستند إلى المصادر التي تستنبط منها الأحكام الشرعية ، فلا يوجد حق شرعي من غير دليل يدل عليه ، فمنشأ الحق هو الله تعالى ؛ إذ لا حاكم غيره ،

(١) مذكرات الحق والذمة : ص ٣٦ .

(٢) المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه : ف ٣ ص ١٠ وما بعدها .

ولا تشريع سوى ما شرعه . وليس الحق في الإسلام طبيعياً مصدره الطبيعة أو العقل البشري ، إلا أنه منعاً مما قد يتخوف منه القانونيون من جعل مصدر الحقوق إلهياً وبالتالي إطلاق الحرية في ممارسة الحق ، منعاً من هذا الخطر، قرر الإسلام سلفاً تقييد الأفراد في استعمال حقوقهم بمراعاة مصلحة الغير وعدم الإضرار بمصلحة الجماعة ، فليس الحق مطلقاً وإنما هو مقيد بما يفيد المجتمع ويمنع الضرر عن الآخرين ، والحق في الشريعة يستلزم واجبين :

واجب عام على الناس باحترام حق الشخص وعدم التعرض له .

وواجب خاص على صاحب الحق بأن يستعمل حقه بحيث لا يضر بالآخرين .

المطلب الثاني - أركان الحق :

للحق ركنان : صاحب الحق وهو المستحق ، ومحل الحق : وهو ما يتعلق به الحق ويرد عليه . وهو إما الشيء المعين الذي يتعلق به الحق كما في الحق العيني ، أو الدين .

ويضاف للحق الشخصي كالعلاقة بين الدائن والمدين ركن ثالث : وهو المدين المكلف بالحق . ونوع التكليف إما أن يكون قياماً بعمل كأداء الدين أو الثمن ، أو امتناعاً عن عمل ، كالامتناع عن إضرار الجار أو غيره ، والامتناع عن استعمال الوديعة أو الأمانة . والمكلف قد يكون معيناً فرداً أو جماعة كالمدين بالنسبة للدين ، أو غير معين كالواجبات العامة المكلف بها جميع الناس باحترام حقوق الآخرين وعدم الاعتداء عليها .

صاحب الحق : هو الله تعالى في الحقوق الدينية ، والشخص الطبيعي (الإنسان) أو الاعتباري (كالشركات والمؤسسات) في الحقوق الأخرى ، الذي يتمتع بالسلطات التي يمارسها على محل الحق .

وتبدأ الشخصية الطبيعية لكل إنسان بيده تكون الجنين ، بشرط ولادته حياً ولو حياة تقديرية . ويعتبر حياً عند الحنفية بظهور أكثر المولود حياً ، وتعتبر الحياة تقديرية عندهم في حالة إسقاط الجنين بحماية ، كما لو ضرب شخص امرأة حبلى فأسقط جنيناً ميتاً ، فإنه يرث ويورث .

وقال غير الحنفية : يشترط تمام الولادة لاعتبار الشخص حياً ، وانفصاله عن أمه انفصلاً تاماً . وبهذا الرأي أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري . واكتفى غير الحنفية في حال إسقاط الجنين ميتاً بأن الجنين تورث عنه الغرة فقط (وهي دية الجنين أو التعويض المالي الواجب دفعه بسبب الاعتداء على الجنين وقدرت شرعاً بـ ٥٠ ديناراً أو بـ ٥٠٠ درهم) .

وتنتهي الشخصية الطبيعية بالوفاة الحقيقية (الموت) أو التقديرية كالحكم بوفاة المفقود أو الغائب الذي لا يعلم مكانه ، ولا يدري أهو حي أو ميت ، وذلك بوفاة أقرانه في غالب الظن ، أو ببلوغه تسعين سنة .

ولكن مع زوال الشخصية بالموت تظل ذمة الإنسان وأهلية وجوبه باقية افتراضاً بقدر ما تقتضيه تصفية الحقوق المتعلقة بتركته ، وذلك للضرورة وبقدر الضرورة ، كما سنبين في بحث الأموال والذمة المالية ، فيملك الميت ما باشر سبب ملكيته في حياته كنصب شبكة للصيد وقع فيها المصيد ، ويضمن ما باشر سبب ضمانه ، كالالتزام بدفع قيمة ما يقع من حيوان في حفرة حفرها في الطريق العام .

ويقر الفقه الإسلامي ما يسمى قانوناً : الشخصية الاعتبارية ، أو المعنوية أو الشخصية المجردة عن طريق الاعتراف لبعض الجهات العامة كالمؤسسات والجمعيات والشركات والمساجد بوجود شخصية تشبه شخصية الأفراد الطبيعيين في أهلية التملك وثبوت الحقوق ، والالتزام بالواجبات ، وافتراض وجود ذمة مستقلة للجهة العامة بقطع النظر عن ذم الأفراد التابعين لها ، أو المكونين لها .

والأدلة كثيرة على هذا الإقرار، سواء من النصوص أو من الاجتهادات الفقهية .
فمن النصوص : الحديث النبوي : « ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم »^(١) أي أن
الأمان الصادر للعدو من أحدهم يسري على جماعة المسلمين . ومنها نصوص الأمر
بالمعروف والنهي عن المنكر، والتي تقضي بجواز رفع ما يسمى بدعوى الحسبة من أي
فرد لقمع غش وإزالة منكر أو أذى عن الطريق ، وتفريق بين زوجين بينها علاقة
محرمة ، وإن لم يكن للمدعي مصلحة شخصية .

ومن الاجتهادات : فصل بيت المال عن مال الحاكم الخاص ، وقولهم : بيت المال
وارث من لا وارث له ، واعتبار الحاكم نائباً عن الأمة في التصرف بالأموال العامة
وفق المصلحة ، كما يتصرف الوصي بمال اليتيم . وهو نائب عن الأمة أيضاً في إبرام
المعاهدات التي تظل نافذة رغم موته أو خلعه ، وفي تعيين الموظفين أو العمال الذين
لا ينزلون بموت الحاكم ، وفي إصدار الأحكام القضائية ، فلا يضمن القاضي الدية إذا
أخطأ في قضائه في حقوق الله كقطع يد السارق بشهود زور ، وإنما ضمانها في بيت
المال .

ومن اجتهاداتهم : جواز تمليك الوقف والتزامه بما يجب عليه من حقوق
للآخرين ، وجواز الوصية والوقف للمسجد ، واعتبار ناظر الوقف مجرد نائب عنه
لا يتحمل شيئاً من ديون الوقف ، ويشترى للوقف ما يحتاجه ، ويدفع ثمنه من
غلات الوقف . فالوقف هو المالك والدائن والمدين ، لا المتولي عليه . والناظر أمين
على الوقف ، فلو خان مصلحة الوقف أو أساء التصرف إليه أو خالف شروط الواقف ،
ضمن موجب فعله .

(١) رواه أحمد عن علي رضي الله عنه (نيل الأوطار: ٧ / ٢٧) .

المبحث الثاني - أنواع الحق

ينقسم الحق عدة تقسيمات باعتباريات مختلفة حسب المعنى الذي يدور عليه الحق ، نذكر أهم هذه التقسيمات وأحكامها وما يترتب عليها من نتائج .

التقسيم الأول - باعتبار صاحب الحق

ينقسم الحق بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أنواع : حق الله ، وحق الإنسان ، وحق مشترك : وهو ما اجتمع فيه الحقان ولكن قد يغلب حق الله أو حق الإنسان الشخصي^(١) .

١ - حق الله تعالى (أو الحق العام) :

وهو ما قصد به التقرب إلى الله تعالى وتعظيمه وإقامة شعائر دينه ، أو تحقيق النفع العام للعالم من غير اختصاص بأحد من الناس . وينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه ، أي أنه هو حق للمجتمع .

مثال الأول : العبادات المختلفة من الصلاة والصيام والحج والزكاة والجهاد ، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، والنذر واليمين وتسمية الله عند الذبح وكل أمر ذي بال .

ومثال الثاني : الكف عن الجرائم وتطبيق العقوبات من حدود (حد الزنا والقذف والسرقة والحراصة وشرب المسكرات) وتعزيرات على الجرائم المختلفة ، وصيانة المرافق العامة من أنهار وطرق ومساجد وغيرها مما لا بد منها للمجتمع .

وتقسم حقوق الله تعالى عند الحنفية إلى ثمانية أقسام تعرف في أصول الفقه .

(١) راجع كتب أصول فقه الحنفية : التقرير والتحبير : ١٠٤ / ٢ - ١١١ ، كشف الأسرار : ١٣٦ / ٢ ، التلويح على التوضيح : ١٥١ / ٢ ، وما بعدها ، حاشية نبات الأسفار : ص ٢٥٩ .

وأحكام حق الله تعالى هي : لا يجوز إسقاطه بعفو أو صلح أو تنازل، ولا يجوز تغييره، فلا يسقط حد السرقة بعفو المسروق منه أو صلحه مع السارق بعد بلوغ الأمر إلى الحاكم. ولا يسقط حد الزنا بعفو الزوج أو غيره أو إباحة المرأة نفسها.

ولا يورث هذا الحق، فلا يجب على الورثة ما فات مورثهم من عبادات، إلا إذا أوصى بإخراجها، ولا يسأل الوارث عن جريمة المورث.

ويجري التداخل في عقوبة حقوق الله، فمن زنى مراراً، أو سرق مراراً ولم يعاقب في كل مرة، فيكتفى بعقوبة واحدة؛ لأن المقصود من العقوبة هو الزجر والردع ويتحقق بذلك^(١). واستيفاء عقوبة هذه الجرائم للحاكم، فهو الذي يؤدب على ترك العبادات أو التهاون بشأنها، وهو الذي يقيم الحدود والتعزيرات على العصاة منعاً من الفوضى وتثبيتاً من وقوع الجريمة.

٢ - حق الإنسان (أو العبد) :

وهو ما يقصد منه حماية مصلحة الشخص، سواء أكان الحق عاماً كالحفاظ على الصحة والأولاد والأموال، وتحقيق الأمن، وقمع الجريمة، ورد العدوان، والتمتع بالمرافق العامة للدولة. أم كان الحق خاصاً، كمرعاية حق المالك في ملكه، وحق البائع في الثمن والمشتري في المبيع، وحق الشخص في بدل ماله المتلف، ورد المال المغصوب، وحق الزوجة في النفقة على زوجها، وحق الأم في حضانة طفلها، والأب في الولاية على أولاده، وحق الإنسان في مزاولته العمل ونحو ذلك.

وحكم هذا الحق أنه يجوز لصاحبه التنازل عنه، وإسقاطه بالعفو أو الصلح أو الإبراء أو الإباحة، ويجري فيه التوارث، ولا يقبل التداخل، فتتكرر فيه العقوبة على كل جريمة على حدة، واستيفاءه منوط بصاحب الحق أو وليه.

(١) البدائع: ٧ / ٥٥ وما بعدها، ٨٦، المبسوط: ١٨٥ / ٩.

٣- الحق المشترك : وهو الحق الذي يجتمع فيه الحقان : حق الله وحق الشخص ، لكن إما أن يغلب فيه حق الله تعالى أو حق الشخص .

مثال الأول : عدة المطلقة ، فيها حق الله : وهو صيانة الأنساب عن الاختلاط ، وفيها حق الشخص ، وهو المحافظة على نسب أولاده ، لكن حق الله غالب ؛ لأن في صيانة الأنساب نفعاً عاماً للمجتمع ، وهو حمايته من الفوضى والانهيار . ومثاله أيضاً : صيانة الإنسان حياته وعقله وصحته وماله ، فيها حقان ، لكن حق الله غالب لعموم النفع العائد للمجتمع . ومثاله عند الحنفية^(١) حد القذف (وهو ثمانون جلدة لمن يتهم غيره بالزنا) فيه حقان : حق للمقذوف بدفع العار عنه وإثبات شرفه وحصانته ، وحق لله : وهو صيانة أعراض الناس وإخلاء العالم من الفساد ، والحق الثاني أغلب^(٢) .

وحكمه : أنه يلحق بالقسم الأول ، وهو حق الله تعالى باعتبار أنه هو الغالب .

ومثال الثاني : حق القصاص الثابت لولي المقتول ، فيه حقان : حق لله وهو تطهير المجتمع عن جريمة القتل النكراء ، وحق للشخص : وهو شفاء غيظه وتطبيب نفسه بقتل القاتل ، وهذا الحق هو الغالب ؛ لأن مبنى القصاص على المماثلة ، بقوله تعالى : ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ﴾ والمماثلة ترجح حق الشخص .

وحكمه أنه يلحق بالقسم الثاني : وهو حق الشخص في جميع أحكامه ، فيجوز لولي المقتول العفو عن القاتل ، والصلح معه على مال ، بل ندب الله تعالى إلى العفو والصلح ، فقال : ﴿ فمن عفي له من أخيه شيء ، فاتبع بالمعروف ، وأداء إليه بإحسان ، ذلك تخفيف من ربكم ورحمة ﴾ . وقال عز وجل : ﴿ ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف في القتل ، إنه كان منصوراً ﴾ .

(١) فتح القدير : ١٩٤ / ٤ ، البدائع : ٥٦ / ٧ ، المبسوط : ١١٣ / ٩ ، رد المحتار والدر المختار : ١٨٩ / ٤ .

(٢) وقال الشافعية والحنابلة وفي قول لمالك هو الأظهر عند ابن رشد : حد القذف حق خالص للمقذوف ، لأن القذف جنابة على عرضه ، وعرضه حقه فالمعاقب حقه .

تقسيم حق الشخص (أو العبد) :

ينقسم حق الشخص الخاص باعتبار أنه صاحب الحق تقسيمين آتيين :

الأول- حقوق تقبل الإسقاط وحقوق لا تقبل الإسقاط :

١- الحق القابل للإسقاط : الأصل أن جميع الحقوق الشخصية تقبل الإسقاط بخلاف الأعيان ، كحق القصاص وحق الشفعة وحق الخيار . وإسقاط الحق إما أن يكون بعوض أو بغير عوض .

٢- الحق الذي لا يقبل الإسقاط : هناك حقوق لا تقبل الإسقاط على سبيل الاستثناء من الأصل العام الذي ذكرناه وهي ما يأتي :

أ- الحقوق التي لم تثبت بعد : كإسقاط الزوجة حقها في المبيت والنفقة المستقبلية ، وإسقاط المشتري حقه في خيار الرؤية قبل الرؤية ، وإسقاط الوارث حقه في الاعتراض على الوصية حال حياة الموصي ، وإسقاط الشفيع (الشريك أو الجار) حقه في الشفعة قبل البيع . كل هذا لا يسقط ؛ لأن الحق نفسه لم يوجد بعد .

ب- الحقوق المعتبرة شرعاً من الأوصاف الذاتية الملازمة للشخص : كإسقاط الأب أو الجد حقها في الولاية على الصغير ، فإن الولاية وصف ذاتي لها لا تسقط بإسقاطها . ومثلها عند أبي يوسف : ولاية الواقف على وقفه ، تثبت له سواء شرطها أو نفاها ؛ لأنها أثر ملكه .

ج- الحقوق التي يترتب على إسقاطها تغيير للأحكام الشرعية كإسقاط المطلق حقه في إرجاع زوجته ، وإسقاط الواهب حقه في الرجوع عن الهبة ، وإسقاط الموصي حقه في الرجوع عن الوصية .

ومنها إسقاط مالك العين حقه في ملكها ، لا يقبل الإسقاط ؛ لأن معنى إسقاط حقه في ملكها إخراجها عن ملكه إلى غير مالك ، فتكون سائبة لا مالك لها ، وقد

نهى الشرع عن السائبة التي كانت في الجاهلية بقوله تعالى: ﴿ ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام... ﴾^(١) [المائدة: ١٠٣]، فأصبح المبدأ المقرر: « لا سائبة في الإسلام ». وعليه فإن العين في حكم الشرع لا بد أن يثبت فيها وصف الملك لأحد من الناس، فإسقاط الملك حقه في ملكها يترتب عليه تغيير حكم الشرع الثابت، وهذا باطل إذ ليس لأحد من الناس ولاية تغيير حكم الشرع المقرر.

د- الحقوق التي يتعلق بها حق الغير: كإسقاط الأم حقه في الحضانة، والمطلق حقه في عدة مطلقاته، والمسروق منه حقه في حد السارق؛ لأن هذه الحقوق مشتركة، وإذا كان للإنسان ولاية على إسقاط حقه، فليس له ولاية على إسقاط حق غيره.

الثاني- حقوق تورث وحقوق لا تورث:

اتفق الفقهاء على وراثه الحقوق المقصود بها التوثق كحبس المرهون لوفاء الدين، وحبس المبيع لاستيفاء الثمن، وحق الكفالة بالدين لأنها من الحقوق اللازمة المؤكدة.

واتفقوا أيضاً على وراثه حقوق الارتفاق كحق الشرب والمرور؛ لأنها حقوق تابعة للعقار ولازمة له.

وكذلك اتفقوا على إرث خيار التعيين والعيب؛ لأن البيع في خيار التعيين لازم، والحق محصور في اختيار أحد الأشياء. والبيع تم في خيار العيب على أساس سلامة المبيع من العيب، فيثبت ذلك الحق للورثة دفعا للضرر والغبن.

واختلف الفقهاء في إرث خيار الشرط وخيار الرؤية وأجل الدين وحق الغنم في الغنمية بعد الإحراز، وقبل القسمة:

(١) البحيرة: هي الشاة التي تلد خمسة أبطن خامسها أنثى. والسائبة: الناقة التي تسبب لأهلهم فترعى حيث شاءت، ولا يأخذ لبنها إلا ضيف ولا يحمل عليها. والوصيلة: الناقة التي تلد ذكراً ثم أنثى، فيقولون: وصلت أخاها، فلم يذبحوا الذكر لأهلهم كما كان مقرراً عندهم من ذبح الذكر وإبقاء الأنثى لهم. والحام: الفحل الذي يولد من ظهره عشرة أبطن (تفسير ابن كثير: ١٠٧/٢ وما بعدها).

فقال الحنفية : لا تورث الحقوق والمنافع ؛ لأن الإرث يجري في المال الموجود وهو الأعيان ، وهذه ليست أموالاً عندهم . أما الديون فما دامت في الذمة فليست مالاً لأنها أوصاف شاغلة لها ، ولا يتصور قبضها حقيقة ، وإنما يقبض ما يعادها ، لكنها تورث لأنها مال حكمي : أي شيء اعتباري يملكه الدائن ، وهو موجود في ثروة المدين فالدين مال من حيث المآل .

وقال غير الحنفية : تورث الحقوق والمنافع والديون ؛ لأنها أموال ، ولقوله عليه السلام : « من ترك مالاً أو حقاً فلورثته ، ومن ترك كلاً أو عيلاً فأبى »^(١) .

التقسيم الثاني - باعتبار محل الحق

ينقسم الحق باعتبار محله المتعلق به إلى حق مالي وغير مالي ، وإلى حق شخصي وحق عيني ، وإلى حق مجرد وحق غير مجرد .

١ - الحقوق المالية وغير المالية :

الحقوق المالية : هي التي تتعلق بالأموال ومنافعها أي التي يكون محلها المال أو المنفعة ، كحق البائع في الثمن ، والمشتري في المبيع ، وحق الشفعة ، وحقوق الارتفاق ، وحق الخيار ، وحق المستأجر في السكنى ، ونحوها .

والحقوق غير المالية : هي التي تتعلق بغير المال مثل حق القصاص ، وحق الحرية بجميع أنواعها ، وحق المرأة في الطلاق أو التفريق لعدم الإنفاق ، أو بسبب العيوب التناسلية أو للضرر وسوء العشرة أو للغبية أو الحبس ، وحق الحضانة ، وحق الولاية على النفس ، ونحو ذلك من الحقوق السياسية والطبيعية .

(١) متفق عليه بين البخاري ومسلم وأحمد عن أبي هريرة بلفظ : « مامن مؤمن إلا أنا أولى به في الدنيا والآخرة ، وأقرؤوا إن شئتم : ﴿ النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ ﴾ فأما مؤمن مات وترك مالاً فليرثه عصبته من كانوا ، ومن ترك ديناً أو ضياعاً ، فليأتي فأننا مولاه » والضياع أي ذوي ضياع أي لاشيء لهم (نبيل الأوطار : ٥٧/٦) .

٢ - الحق الشخصي والحق العيني :

الحق الشخصي : هو ما يقره الشرع لشخص على آخر . ومحلّه إما أن يكون قياماً بعمل كحق البائع في تسلّم الثمن وحق المشتري في تسلّم المبيع ، وحق الإنسان في الدين وبدل المتلفات والمغصوبات ، وحق الزوجة أو القريب في النفقة . وإما أن يكون امتناعاً عن عمل كحق المودع على الوديع في عدم استعمال الوديعة .

وللحق الشخصي عناصر ثلاثة : هي صاحب الحق ، ومحل الحق ، والمكلف أو المدين ، إلا أن العلاقة بين طرفي هذا الحق هي المتميزة أو البارزة ، دون المحل وهو المال .

والحق العيني : هو ما يقره الشرع لشخص على شيء معين بالذات . فالعلاقة القائمة بين صاحب الحق وشيء مادي معين بذاته ، والتي بموجبها يمارس المستحق سلطة مباشرة على الشيء هي الحق العيني . مثل حق الملكية الذي به يستطيع المالك ممارسة أكمل السلطات على ما يملكه : وهي التصرف بالشيء واستثماره واستعماله . وحق الارتفاق المقرر لعقار على عقار معين كحق المرور أو المسيل أو تحميل الجذوع على الجدار المجاور . وحق احتباس العين المرهونة لاستيفاء الدين . وللحق العيني عنصران فقط هما : صاحب الحق ، ومحل الحق .

خصائص الحق العيني والحق الشخصي :

يتميز كل من هذين الحقين بميزات وخصائص أهمها ما يأتي :

١ - حق التتبع لصاحب الحق العيني دون الشخصي : لصاحب الحق العيني تتبع الشيء الذي تعلق به حقه في أي يد وجدت فيها العين مهما تغير واضع اليد عليها . فلو غصب شخص شيئاً ثم باعه أو غصب منه وتداولته الأيدي ، جاز لمالكه رفع الدعوى على الحائز الأخير صاحب اليد .

أما الحق الشخصي : فلا يطالب به إلا المكلف به أصالة وهو المدين أو نيابة وهو الكفيل أو المحال عليه .

وسبب التفرقة أن الحق العيني متعلق بعين معينة لا بذمة شخصية ، والعين يمكن انتقالها من يد إلى أخرى . أما الحق الشخصي فتعلق بذمة المكلف أو المدين ، فلا يسأل عنه غيره إلا بإرادته كما في الكفالة والحوالة .

٢- حق الامتياز أو الأفضلية لصاحب الحق العيني : يكون لصاحب الحق العيني حق الأولوية أو الامتياز على سائر الدائنين العاديين إذا كان دينه موثقاً برهن .

أما صاحب الحق الشخصي فليس له حق الامتياز إلا استثناء في أحوال معينة كحالة التهمة أو الشك ، فتقدم ديون الصحة على ديون المرض ، وحالة الضرورة ، فتقدم نفقات التكفين والتجهيز على بقية الحقوق المتعلقة بالتركة ويقدم دين النفقة للزوجة والأولاد الصغار على الديون العادية . وحالة رعاية المصلحة العامة فتقدم ديون الحكومة على ديون الناس العادية .

٣- سقوط الحق العيني بهلاك محله : إذا هلك محل الحق العيني سقط الحق وبطل العقد . فإذا هلك المبيع في يد البائع قبل قبض المشتري له بطل العقد ، وسقط حق المشتري في تسلّم المبيع . وإذا احترقت الدار المؤجرة بطل عقد الإجارة ، وسقط حق المستأجر في الانتفاع بها .

أما إذا هلك محل الحق الشخصي فلا يسقط الحق ولا يبطل العقد ، فإذا هلكت أموال المدين ، فلا يسقط حق الدائن بالمدين ؛ لأن الدين متعلق بالذمة لا بمال معين . وإذا هلك الشيء المسلم فيه في عقد السلم وجب على البائع (المسلم إليه) تسليم غيره .

٣- الحقوق المجردة وغير المجردة :

الحق المجرد أو المحض : هو الذي لا يترك أثراً بالتنازل عنه صلحاً أو إبراءً ، بل يبقى محل الحق عند المكلف (أو المدين) بعد التنازل كما كان قبل التنازل . مثل حق الدين ، فإن الدائن إذا تنازل عن دينه ، كانت ذمة المدين بعد التنازل هي بعينها قبل التنازل ، ولا يترتب على التنازل عن الحق أثر من الآثار . وكذلك حق الشفعة إذا أسقط الشفيع حقه في الشفعة ، كانت ملكية المشتري للعقار بعد التنازل عن الشفعة هي بعينها قبل التنازل . ومثله حق المدعي في تحليف خصمه اليمين ، وحق الخيار ، والحق في وظائف الأوقاف .

والحق غير المجرد : هو الذي يترك أثراً بالتنازل عنه ، كحق القصاص فإنه يتعلق برقبة القاتل ودمه ، ويترك فيه أثراً بالتنازل عنه ، فيتغير فيه الحكم ، فيصير معصوم الدم بالعفو بعد أن كان غير معصوم الدم ، أي مباح القتل بالنسبة إلى ولي المقتول المستحق للقصاص ، ولكن برأي الحاكم . ومثل حق استمتاع الزوج بزوجه ، يتعلق بالزوجة ، ويمنعها من إباحة نفسها لغير زوجها بالعقد عليها ، فإذا تنازل الزوج عن هذا الحق بالطلاق ، استردت المرأة حريتها ، فتتزوج بمن تشاء^(١) .

وتظهر فائدة هذا التقسيم فيما يأتي :

الحق غير المجرد تجوز المعاوضة عنه بالمال ، كحق القصاص وحق الزوجة يجوز لكل من ولي المقتول والزوج أخذ العوض المالي في مقابل التنازل عن حقه بالصلح .

أما الحق المجرد : فلا يجوز الاعتياض عنه كحق الولاية على النفس والمال وحق الشفعة ، وهذا رأي الحنفية ، ويجوز عند غير الحنفية أخذ العوض عنه .

(١) أحكام المعاملات الشرعية لأستاذنا الشيخ علي الحنيف : ص ٢٨ .

التقسيم الثالث - باعتبار المؤيد القضائي وعدمه

ينقسم الحق باعتبار وجود المؤيد القضائي وعدمه إلى نوعين : حق ديانى ، وحق قضائى . فالحق الديانى : هو الذى لا يدخل تحت ولاية القضاء . فلا يتمكن القاضى من الإلزام به لسبب من الأسباب كالعجز عن إثباته أمام القضاء . وإنما يكون الإنسان مسؤولاً عنه أمام ربه وضميره . فالدين الذى عجز صاحبه عن إثباته أمام القضاء لا يعنى أنه صار غير مستحق ، بل يجب على المدين ديانة المبادرة إلى وفائه . والزواج العرفى غير المسجل فى المحاكم الشرعية تكون فيه الزوجية ثابتة ديانة . وتترتب عليها الأحكام الشرعية من نفقة وثبوت نسب الأولاد وغير ذلك .

والحق القضائى : هو ما يدخل تحت ولاية القاضى ، ويمكن لصاحبه إثباته أمام القضاء .

وتظهر ثمرة التقسيم فى أن الأحكام الديانية تبنى على النوايا والواقع والحقيقة . وأما الأحكام القضائية فتبنى على ظاهر الأمر ولا ينظر فيها إلى النوايا وواقع الأمر وحقيقته . فمن طلق امرأته خطأ ، ولم يقصد إيقاع الطلاق ، يحكم القاضى بوقوع طلاقه عملاً بالظاهر واستحالة معرفة الحقيقة ، ويكون الحكم بوقوع الطلاق حكماً قضائياً . وأما ديانة فالحكم عدم وقوع الطلاق ، وللإنسان أن يعمل بذلك فيما بينه وبين الله تعالى ، وللمفتى إفتاؤه بذلك ؛ لأن الزوج لم يقصد الطلاق فى الواقع .

المبحث الثالث - مصادر الحق أو أسبابه

عرفنا سابقاً أن منشأ الحق أو سببه الأساسى أو غير المباشر : هو الشرع . فالشرع هو المصدر الأساسى للحقوق ، والسبب الوحيد لها ، غير أن الشرع قد ينشئ الحقوق مباشرة من غير توقف على أسباب أخرى ، كالأمر بالعبادات المختلفة ، والأمر بالإنفاق على القريب ، والنهي عن الجرائم والمحرمات ، وإباحة الطيبات من الرزق ، فإن أدلة الشرع هنا تعتبر أسباباً مباشرة للحقوق .

وقد ينشئ الشارع الحقوق أو الأحكام مرتبة على أسباب أخرى يمارسها الناس ، كعقد الزواج ، فإنه ينشئ حق النفقة للزوجة والتوارث بين الزوجين وغير ذلك . وعقد البيع ينشئ ملك البائع للثمن والمشتري للمبيع . والغصب سبب للضمان عند هلاك المغصوب . وتعتبر العقود والغصب أسباباً مباشرة ، وأدلة الشرع أسباباً غير مباشرة .

والمقصود من الأسباب أو المصادر في هذا البحث : الأسباب المباشرة ، سواء أكانت أدلة الشرع أم الأسباب التي أقرتها وعينتها هذه الأدلة . فليس المراد من المصدر هنا : المصدر الأمر في إيجاب الالتزام ، إذ تكون عندئذ جميع المصادر مردها إلى الشرع أو القانون .

ومصادر الحق بالنسبة للالتزامات^(١) خمسة : هي الشرع ، والعقد ، والإرادة المنفردة ، والفعل النافع ، والفعل الضار .

فالعقد كالبيع والهبة والإجارة . والإرادة المنفردة كالوعد بشيء والنذر . والشرع كالالتزام بالنفقة على الأقارب والزوجة ، والتزام الولي والوصي ، وإيجاب الضرائب . والفعل الضار بالغير كالتزام المتعدي بضمان الشيء الذي أتلفه أو غصبه . والفعل النافع أو الإثراء بلا سبب كأداء دين يظنه الشخص على نفسه ، ثم يتبين أنه كان بريئاً منه ، أو أداء دين الغير بأمره ، أو شراء شيء ثم يتبين أنه ملك الغير ، فيجوز لصاحب الحق الرجوع على الآخر بالدين ، لعدم استحقاق الآخر له .

ويمكن إدخال جميع هذه المصادر في الواقعة الشرعية . والواقعة الشرعية إما أن تكون طبيعية كالجوار والقرابة والمرض ونحوها ، أو اختيارية . والواقعة الاختيارية إما أن تكون أعمالاً مادية ممنوعة وهي الفعل الضار ، أو أعمالاً مشروعة من جانب واحد وهي الفعل النافع ، وإما أن تكون تصرفات شرعية .

(١) الالتزام : هو الحادث الذي نشأ عنه الالتزام .

والتصرفات الشرعية: إما وحيدة الطرف وهي الإرادة المنفردة، أو متعددة وهي العقد^(١).

ويلاحظ أن هذه المصادر هي الأسباب المباشرة للالتزام، وأما المصدر غير المباشر لكل التصرفات الشرعية والأفعال المادية فهو الشرع.

وأما مصادر الحق العيني فهي أسباب الملك التام أو الناقص الآتي بيانها في بحث نظرية الملكية.

قال الدكتور السنهوري: إنه يمكن رد مصادر الحقوق في الفقه الإسلامي (سواء بالنسبة للالتزامات أم بالنسبة للحقوق العينية) إلى مصدرين اثنين، كما في الفقه الغربي أو القوانين الوضعية وهما: التصرف القانوني، والواقعة القانونية^(٢).

والتصرف الشرعي أو القانوني يشمل العقد والإرادة المنفردة. والواقعة الشرعية أو القانونية تشمل الفعل الضار والفعل النافع.

ويلاحظ أخيراً أن الإقرار لا يعد منشئاً للحق، وإنما هو إخبار بالحق على الرأي الراجح عند الفقهاء. كما أن قضاء القاضي لا يعد منشئاً للحق، وإنما هو مظهر للحق وكاشف له، إلا إذا قضى القاضي بشهادة زور، ولم يكتشف الزور فيها، فإن قضاءه يعد منشئاً للحق ظاهراً أي قضاء لا ديانة.

وهذه هي المسألة المعروفة في الفقه الإسلامي بأن قضاء القاضي ينفذ ظاهراً أو باطناً، أو ظاهراً فقط، وهي محل خلاف بين الفقهاء.

(١) المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه للأستاذ الزرقاء: ف ٤٩ - ٥٢.

(٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري: ١ / ٦٩.

المبحث الرابع - أحكام الحق

أحكام الحق : هي آثاره المترتبة عليه بعد ثبوته لصاحبه ، وأحكامه ما يأتي :

١ - استيفاء الحق : لصاحب الحق أن يستوفي حقه بكل الوسائل المشروعة .

أ - واستيفاء حق الله تعالى في العبادة يكون بأدائها على الوجه الذي رسمه الله تعالى للعبادة إما في الأحوال العادية (العزيمة) ، أو في الأحوال الاستثنائية (الرخصة) مثل قصر الصلاة ، وإباحة الفطر في رمضان للمريض والمسافر ، والتيمم بالتراب بدل الماء أثناء المرض أو فقد الماء ، والنيابة في الحج للعاجز عنه ، وإباحة النطق بالكفر مع اطمئنان القلب بالإيمان حال الإكراه عليه .

فإن امتنع الشخص عن أداء العبادة : فإن كان الحق مالياً كالزكاة أخذها الحاكم جبراً عنه ووزعه في مصارفه الشرعية . وإن كان غير مال حمله الحاكم على فعله بما يملك من وسائل إن ترك الحق ظاهراً ، وإلا عاقبه الله في الدنيا بالحن والآلام ، وفي الآخرة بالعذاب الأليم .

واستيفاء حق الله تعالى في منع الجرائم والمنكرات يكون بامتناع الناس عنها ، فإن لم يكف الناس عنها ، كان حق الله إقامة العقوبة ، ويستوفيهها ولي الأمر أو نائبه بعد إصدار الحكم القضائي بها منعاً من التظالم وإثارة الفتن والعداوات ، وشيوع الفوضى وانهايار المجتمع .

ب - واستيفاء حق الإنسان (العبد) : يكون بأخذه من المكلف به باختياره ورضاه ، فإن امتنع من تسليبه : فإن كان الموجود تحت يده عين الحق كالمغصوب والمسروق والوديعة ، أو جنس الحق كأمثال العين المغصوبة عند هلاكها ، ولكن ترتب على أخذه من قبل صاحب الحق نفسه فتنة أو ضرر في الحالتين أو كان الموجود تحت يده من خلاف جنس الحق مطلقاً ، فليس لصاحب الحق باتفاق الفقهاء استيفاءؤه بنفسه ، وإنما بواسطة القضاء .

أما إذا كان الموجود تحت يد الآخذ مالاً من جنس الحق ، ولم يترتب على الآخذ بطريق خاص فتنة أو ضرر ، فالمشهور عند المالكية والحنابلة أن صاحب الحق يستوفيه بواسطة القضاء ^(١) ، لقوله ﷺ : « أد الأمانة إلى من ائتمنك ، ولا تخن من خانك » ^(٢) ، ولأن النبي ﷺ قضى لهند زوجة أبي سفيان بأخذ حقها ولو لم يعلم زوجها بقوله : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » ^(٣) فدل على أنه لا بد من القضاء لأخذ عين الحق أو جنسه .

وقال الشافعية ^(٤) : لصاحب الحق استيفاء حقه بنفسه بأي طريق ، سواء أكان من جنس حقه ، أم من غير جنسه ، لقوله تعالى : ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ﴾ ، ﴿ وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ﴾ والمثلثة ليست من كل وجه ، وإنما في المال . ولقوله عليه السلام : « من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به » ^(٥) .

ووافق الحنفية ^(٦) على رأي الشافعية فيما إذا كان المأخوذ من جنس حقه لا من غيره ، والمفتي به اليوم كما قال ابن عابدين جواز الآخذ من جنس الحق أو من غيره ، لفساد الذم والمماثلة في وفاء الديون .

ويلاحظ أن هذا البحث المسمى فقهاً « الظفر بالحق » من أهم أحكام المعاملات التي يفرق فيها بين الأحكام القضائية والأحكام الديانية .

والخلاصة : أن من وجد عين حقه عند آخر مالاً أو عروضاً (سلعاً) وكان مماطلاً في رده أو جاحداً الدين ، فيباح له باتفاق الفقهاء أخذه ديانة لا قضاء للضرورة ،

(١) الشرح الكبير للدردير: ٤ / ٢٢٥ ، القوانين الفقهية: ص ٢٥٩ ، المغني: ٨ / ٢٥٤ وما بعدها .

(٢) رواه الترمذي وأبو داود وحسنه وصححه الحاكم من حديث أبي هريرة .

(٣) رواه أحمد وأصحاب الكتب الستة إلا الترمذي (نيل الأوطار: ٦ / ٢٢٢ ، سبل السلام: ٣ / ٢١٩) .

(٤) مغني المحتاج: ٤ / ١٦٢ ، المهذب: ٢ / ٢٨٢ .

(٥) رواه أحمد وأبو داود والنسائي عن سمرة بن جندب .

(٦) فتح القدير: ٤ / ٢٢٦ ، رد المحتار والدر المختار: ٣ / ٢١٩ وما بعدها ، ٢٦٥ .

عملاً بالحديث السابق : (من وجد عين ماله فهو أحق به)^(١) .

نوع المأخوذ: والأصل في استيفاء الحق أن يكون بالعدل ، فلا يزداد عليه فإن كان الحق معلوم النوع محدد المقدار كمثل دار وأجرتها وبدل قرض فلا تجوز الزيادة عليه في الاستيفاء وفي حكم القاضي .

وإن كان الحق مطلقاً غير محدد النوع أو المقدار ، فيحمل على الوسط المتعارف عليه بين الناس ، فيؤخذ المتوسط من أموال الزكاة . ولا تؤخذ كرائم الأموال أو خسيسها .

والدليل على استيفاء الوسط نصوص كثيرة قرنت بالمعروف أو العرف ، مثل قوله تعالى : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ ﴿ وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف ﴾ وفي كفارة اليمين صرح باعتبار الوسط في قوله تعالى : ﴿ فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم . ﴾ والمراد بالأوسط : الوسط في نوع الطعام وعدد الوجبات . وعلى هذا فنفقة الزوجة والأقارب مقدرة بالوسط المتعارف عليه بالنص ، وتجب زكاة الفطر من غالب قوت البلد : وهو الذي تعارف أهل البلد على تناوله .

ويجوز التعزير للممتنع عن دفع الزكاة بأخذ أعلى الحق الواجب ، أو تغريمه الضعف ، لقوله عليه السلام : « من دفعها مؤتجراً بها فله أجرها ، ومن منعها فإننا أخذوها وشطر ماله ، عزمة من عزمات ربنا تبارك وتعالى »^(٢) .

التسامح في الاستيفاء والأداء: الأصل أن يكون استيفاء الحق كاملاً ،

(١) نظرية الضرورة الشرعية للمؤلف: ص ١٨٨ وما بعدها طأولى .

(٢) رواه أحمد والنسائي وأبو داود عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده ، بلفظ : « من أعطها مؤتجراً فله أجرها ، ومن منعها فإننا أخذوها ، وشطر إبله ، عزمة من عزمات ربنا تبارك وتعالى ... » (نيل الأوطار: ٤ / ١٢١ وما بعدها) .

لكن الشارع ندب صاحب الحق إلى عدم استيفاء حقه كله أو بعضه تسامحاً وإحساناً وإيثاراً، وبخاصة إذا كان المكلف أو المدين في ضائقة، وذلك خير يثاب عليه فاعله، قال تعالى: ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ، وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ ﴾ والمراد بالتصدق في الآية: إبراء المدين من دينه .

وفي تنازل المرأة عن شيء من حقوقها أو كل مهرها ، قال تعالى: ﴿ وَأَتُوا النِّسَاءَ صِدْقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ، فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا . وَإِنْ طَلَقْتوهن مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ ، وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنَصَفْ مَا فَرَضْتُمْ ، إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُو الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾ وفي التنازل عن حق القصاص قال تعالى: ﴿ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ ، إِنَّهُ كَانَ مُنْصُورًا ﴾ .

وهناك آية تقرر مبدأ عاماً في التنازل عن الحقوق وهي قوله تعالى: ﴿ وَجِزَاءُ سِيئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا ، فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ ﴾ .

٢- حماية الحق: قررت الشريعة حماية الحق لصاحبه من أي اعتداء بأنواع مختلفة من المؤيدات منها المسؤولية أمام الله ، والمسؤولية المدنية ، وتقرير حق التقاضي .

فالعبادات التي هي نوع من حقوق الله تعالى حماها الشرع بوازع الدين ودافع الإيمان القائمين على الرهبة من عذاب الله ، والرغبة في ثوابه ونعيم الدنيا . ولذا كثيراً ما بدئت آيات القرآن في التكاليف الشرعية بوصف الإيمان: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ﴾ .

وهناك نوع آخر من الحماية للعبادة وهو الحسبة^(١): وهي الأمر بالمعروف إذا

(١) الحسبة: وظيفة إدارية للدولة مهمتها مراقبة الناس والأسواق وحماية الناس من الانحراف عن آداب الدين ، ومن جشع التجار والصناع والغش والبيع بأكثر من ثمن المثل وعدم إجادة الصناعة ، وخلاصة مهمتها الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر . وتشبه ما تقوم به البلديات الآن من مراقبة الأسواق وما تقوم به إدارة الأمن العام من مراقبة الآداب . وما تقوم به النيابة العامة من تقديم الجاني إلى القضاء .

ظهر تركه ، والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله ، وهو حق ثابت لكل فرد من أفراد الأمة ، وللمحتسب وهو والي الحسبة ، فله مطالبة تارك الصلاة والزكاة ، أو المفطر في رمضان بأداء ما تركه . ولكل مسلم رفع دعوى الحسبة على المعاصي إلى المحتسب أو القاضي ليؤدب العاصي بما يردعه ويزجره عن ترك العبادات وغيرها .

وهكذا بقية حقوق الله تعالى كاللطف عن الجرائم تكون حمايتها أيضاً بوازع الدين وبالحسبة .

وأما حقوق الناس الخاصة (العباد) فحمايتها بوازع الدين الذي يوجب على كل فرد احترام حق غيره في ماله أو عرضه أو دمه ، وبالمرافعة إلى القضاء لمطالبة من وجبت عليه .

وهكذا حمت الشريعة كل أنواع الحقوق الدينية والمدنية ، الخاصة والعامة باحترام الحق لصاحبه ، وعدم الاعتداء عليه ، وبمعاينة المعتدي .

٣- استعمال الحق بوجه مشروع : على الإنسان أن يستعمل حقه وفقاً لما أمر به الشرع وأذن به . فليس له ممارسة حقه على نحو يترتب عليه الإضرار بالغير ، فرداً أو جماعةً ، سواء أقصد الإضرار أم لا . وليس له إتلاف شيء من أمواله أو تبذيره لأن ذلك غير مشروع .

فحق الملكية يبيح للإنسان أن يبني في ملكه ما يشاء وكيف يشاء ، لكن ليس له أن يبني بناء يمنع عن جاره الضوء والهواء ، ولا أن يفتح في بنائه نافذة تطل على نساء جاره ، لإضراره بالجوار .

واستعمال الإنسان حقه على وجه يضر به أو بغيره هو ما يعرف بالتعسف في استعمال الحق عند فقهاء القانون الوضعي .

فإن مارس الإنسان ما ليس حقاً له فلا يسمى تعسفاً وإنما هو اعتداء على حق

الغير، فالمستأجر الذي ينتفع بالدار على وجه يضر بها يعد متعسفاً، أما الغاصب فإنه يعد متعدياً .

وتجاوز الحكام والموظفين حدود الشريعة وحد - سلاحياتهم كاعتصاب بعض الأموال، وجباية ضرائب ظالمة لا يعد تعسفاً في استعمال الحق، وإنما هو استعمال لغير الحق أو تجاوز عن الحق، المستوجب التأديب أو التعزير، فقد عزل عمر بن ياسر عن ولاية الكوفة والمغيرة بن شعبة عن ولاية البصرة لما شكوا إليه أهل الولايتين . وأنشأ عبد الملك بن مروان ولاية المظالم (كمجلس الدولة الآن) لمحاسبة الولاة والحجباء وموظفي الدولة إذا ظلموا أحداً من الناس، أو تجاوزوا حدود سلطتهم أو صلاحياتهم .

أدلة حرمة التعسف : هناك أدلة كثيرة على تحريم التعسف منها ما يأتي :

١- قال تعالى : ﴿ وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن ، فأمسكوهن بمعروف ، أو سرحوهن بمعروف ، ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ﴾ نهي الشرع عن استعمال حق المراجعة بقصد الإضرار، كما كان يفعل في الجاهلية حيث يطلق الرجل زوجته، ثم إذا قاربت عدتها على الانتهاء راجعها، ثم طلقها، فنهي الشرع عنه، والنهي يفيد التحريم، فيكون التعسف حراماً .

٢- قال تعالى بعد بيان أنصاء الورثة : ﴿ من بعد وصية يوصى بها أو دين ، غير مضار ، وصية من الله ﴾ نهي الله تعالى عن الوصية الضارة بالورثة كالوصية لوارث أو بأكثر من الثلث، والنهي للتحريم، فيكون التعسف حراماً .

٣- قال عز وجل : ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم ﴾ فقد أمر الله بالحجر على السفیه الذي يبذر ماله، إذ إنه تعسف في استعمال حق الإنفاق، فيكون التعسف ممنوعاً مستحقاً التأديب والحجر .

٤ - حديث السفينة في التضامن بإزالة المنكر^(١) : أمر الرسول ﷺ بئذ يمنع من في أسفل السفينة من خرقها ، لما فيه من الضرر ، وهو هلاك الجميع ، ففعلهم يكون تعسفاً حراماً .

٤٤٠ -

السبب في تحريم التعسف : هناك سببان في تحريم التعسف وهما :

أولاً - ليس لصاحب الحق حرية مطلقة في ممارسته ، وإنما هو مقيد بعدم الإضرار بالغير ، للنصوص الشرعية التي تمنع الإضرار بالغير وتحريم الاحتكار وبيع مال المحتكر جبراً عنه عند الحاجة ، وتحريم العدوان على الدماء والأموال والأعراض ، سواء أكان الضرر ناشئاً عن استعمال حق مشروع أم عن اعتداء محض .

ثانياً - نزعة الحقوق الجماعية : فلا تقتصر المصلحة المستفادة من الحق الخاص المالي على صاحبه فقط ، وإنما تعود على المجتمع أيضاً ؛ لأن ثروته جزء من ثروة الأمة التي يجب أن تبقى قوية استعداداً للطوارئ . بل إن للمجتمع في الظروف العادية نصيباً مفروضاً في المال الخاص عن طريق الزكاة والخراج والكفارات وصدقة الفطر وغيرها ، ونصيباً مندوباً إليه عن طريق الصدقات والوصايا والأوقاف وسائر وجوه الخير والبر . وهذا ما يعبر عنه اليوم باشتراكية الحقوق .

وإذا كان للمجتمع حق في مال الأفراد ، فيجب ألا يتصرف الفرد في ماله تصرفاً ضاراً ؛ لأن ذلك يعد اعتداءً على حق المجتمع ، واعتداءً على نفسه .

(١) أخرج البخاري عن النعمان بن بشير أنه ﷺ قال : « مثل القائم في حدود الله والواقع فيها ، مثل قوم استهموا على سفينة ، فأصاب بعضهم أعلاها ، وبعضهم أسفلها ، وكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم ، فقالوا : لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقاً ولم نؤذ من فوقنا ؟ فإن تركوهم وما أرادوا . هلكوا جميعاً ، وإن أخذوا على أيديهم نجوا ، ونجوا جميعاً » .

قواعد منع التعسف في استعمال الحق :

القاعدة الأولى - قصد الإضرار : إذا قصد الإنسان من استعمال حقه الإضرار بغيره لا المصلحة المنشودة من الحق ، كان استعماله تعسفاً محرماً ، ووجب منعه . والدليل على ذلك تحريم الرجعة إضراراً بالزوجة ، والوصية إضراراً بالورثة والدائنين ، وسفر الزوج بزوجه بعيداً عن بلدها وأهلها إضراراً بها . ورفع الدعوى على الفضلاء بالتهم الباطلة للتشهير بهم . وإقرار مريض الموت بالدين حرمان الورثة أو الدائنين . وطلاق مريض الموت زوجته فراراً من ميراثها . فكل ذلك تعسف حرام ، وأساس هذه القاعدة هو قصد الضرر .

ويترتب على التعسف في هذه الحالة ثلاثة أمور: تأديب صاحب الحق المتعسف وتعزيره بما يراه القاضي رادعاً لأمثاله ، وبطلان التصرف إذا كان قابلاً للإبطال ، وتعويض الضرر من هذا التعسف . ويعرف قصد الضرر بالأدلة والقرائن .

القاعدة الثانية - قصد غرض غير مشروع : إذا قصد الشخص من استعمال حقه تحقيق غرض غير مشروع لا يتفق مع المصلحة المقصودة من الحق ، وإنما يستتر وراء استعمال الحق المشروع ، كاتخاذ عقد الزواج وسيلة لتحليل المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول ، ولا يقصد به الزواج الدائم ، واتخاذ عقد البيع وسيلة للربا أو الفائدة ، ومنه بيع العينة : وهو شراء شيء بئمن مؤجل ثم يبيعه لنفس البائع الأول بئمن فوري أقل من الثمن الأول ، قاصداً به الربا ، فذلك كله تعسف حرام ، لقوله عليه السلام : « لعن الله المحلل والحلل له »^(١) وقوله : « يأتي على الناس زمان يستحلون الربا بالبيع »^(٢)

(١) رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه أبو داود وابن ماجه عن ابن مسعود قال : « لعن رسول الله ﷺ المحلل والحلل له » (نيل الأوطار : ٦ / ١٣٨) .

(٢) حديث مرسل ، صالح للاعتضاد به بالاتفاق ، وله من المسندات ما يشهد له ، وهي الأحاديث الدالة على تحريم العينة ، استدلت به الأوزاعي ورواه (نيل الأوطار : ٥ / ٢٠٧) .

ولنهيه عليه السلام عن بيع العينة صراحة^(١) .

ومنه إسلام الزوجة غير المسلمة بقصد الإرث من زوجها، وهبة المال قبيل الحول بقصد إسقاط الزكاة الواجبة .

وقد أخذت هذه القاعدة من مبدأ « سد الذرائع » وما يتفرع عنه من بطلان الحيل المحرمة التي يقصد بها إباحة الحرام أو تحريم الحلال أو إسقاط الواجب .
وأساس هذه القاعدة هو قصد الضرر أيضاً كالقاعدة الأولى، ويعرف ذلك بالأدلة والقرائن التي تعين القصد .

القاعدة الثالثة - ترتب ضرر أعظم من المصلحة : إذا استعمل الإنسان حقه بقصد تحقيق المصلحة المشروعة منه ، ولكن ترتب على فعله ضرر يصيب غيره أعظم من المصلحة المقصودة منه ، أو يساويها ، منع من ذلك سداً للذرائع ، سواء أكان الضرر الواقع عاماً يصيب الجماعة ، أو خاصاً بشخص أو أشخاص . والدليل على المنع قول الرسول ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار »^(٢) وعلى هذا فإن استعمال الحق يكون تعسفاً إذا ترتب عليه ضرر عام ، وهو دائماً أشد من الضرر الخاص ، أو ترتب عليه ضرر خاص أكثر من مصلحة صاحب الحق أو أشد من ضرر صاحب الحق أو مساو للضرر المستحق . أما إذا كان الضرر أقل أو متوهماً فلا يكون استعمال الحق تعسفاً .

من أمثلة الضرر العام بالأمة أو بجماعة : الاحتكار : وهو شراء ما يحتاجه الناس وادخاره لبيعه وقت غلاء الأسعار وحاجة الناس إليه . وهو ممنوع للحديث النبوي :

(١) رواه أحمد وأبو داود عن ابن عمر بلفظ « إذا ضن الناس بالدينار والدرهم ، وتبايعوا بالعينة واتبعوا أذناب البقر ، وتركوا الجهاد في سبيل الله ، أنزل الله بهم بلاء ، فلا يرفعه حتى يراجموا دينهم » (نيل الأوطار : ٢٠٦/٥) .

(٢) حديث حسن رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسنداً عن أبي سعيد الخدري ، ورواه مالك مرسلأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه .

« الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » « لا يحتكر إلا خاطئ »^(١) .

ومنه تلقي الركبان : وهو تلقي التاجر للوافدين من الريف إلى المدينة لبيع محاصيلهم ، وشراؤها بثمن أقل من السعر القائم ، وبيعها لأهل المدينة بثمن مرتفع . وهذا حرام لأن النبي ﷺ نهى عن تلقي الركبان^(٢) .

ومنه بيع السلاح أثناء الفتنة ، وبيعه لقطاع الطرق ، وبيع العنب للخمار ، وبيع السلع بأكثر من ضعف القيمة ، فذلك يضر الجماعة ، فيمنع التاجر منه ، ولولي الأمر عند الحنفية والمالكية تسعير السلع بالربح المعقول . فإن أبوا من ذلك يبيع السلع جبراً عنهم .

كذلك لولي الأمر منع الناس من زراعة المخدرات ، وزراعة أشياء لا تحتاج إليها الأمة أو تحتاج إلى غيرها .

ومثال الضرر الخاص الأشد : فتح نافذة في بناء تطل على مقر نساء الجار إلا إذا كانت أعلى من مستوى النظر . وقد منع الرسول عليه السلام سمرة بن جندب من دخول بستان لأحد الأنصار لتفقد نخله بسبب تأذي الأنصاري من دخوله^(٣) ؛ لأن الضرر في الدخول كان أشد من عدم تفقد صاحب النخل نخله .

ومثال الضرر الخاص المساوي للمصلحة : أن يفعل مالك الدار فيها شيئاً يتضرر به جيرانه . رأى أبو حنيفة منعه من ذلك دفعاً للضرر الذي يصيب غيره ، والضرر يجب رفعه لقوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار » .

(١) الحديث الأول ضعيف رواه ابن ماجه عن عمر ، والحديث الثاني صحيح رواه أحمد ومسلم وأبو داود عن معمر بن عبد الله العدوي (نيل الأوطار: ٢٢٠ / ٥) .

(٢) متفق عليه بين أحمد والشيخين عن ابن مسعود بلفظ « نهى النبي ﷺ عن تلقي البيوع » ولفظ البخاري عن ابن عباس « لا تلقوا الركبان » (نيل الأوطار: ١٦٦ / ٥ ، سبل السلام: ٢٠ / ٣ - ٢١) .

(٣) رواه مسلم ومالك وأحمد وابن ماجه (شرح مسلم: ٤٧ / ١١) .

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يمنع صاحب الحق حينئذ من استعمال حقه مراعاة لحق المالك، لتساويهما في الضرر، فيرجح حق المالك عملاً بما يبيحه له ملكه من استعمال وانتفاع.

ومثال الضرر القليل: بناء جدار أو غرس شجر في أرضه، مما يترتب عليه حجب الهواء عن جاره، لا يمنع منه المالك ولا يكون تعسفاً؛ إذ لا بد من مثل هذا الضرر القليل عادة أثناء الانتفاع بالحق.

ومثال الضرر الموهوم: كثرة إنجاب النسل الذي قد يترتب عليه ضائقة اقتصادية، لا يمنع منه الإنسان؛ لأن الضرر هنا متوهم، فالله تعالى أودع في الأرض من الكنوز والموارد ما يكفي حاجة الإنسان إذا استخدمت الأيدي العاملة والعقول المفكرة، وتمت مراقبة الله وتقواه في هذه الموارد، كما قال تعالى: ﴿ولو أن أهل القرى آمنوا واتقوا لفتحنا عليهم بركات من السماء والأرض، ولكن كذبوا، فأخذناهم بما كانوا يكسبون﴾. وقال سبحانه في شأن أهل الكتاب: ﴿ولو أنهم أقاموا التوراة والإنجيل وما أنزل إليهم من ربهم، لأكلوا من فوقهم ومن تحت أرجلهم، منهم أمة مقتصدة، وكثير منهم ساء ما يعملون﴾.

وأساس هذه القاعدة: هو مقدار الضرر الناشئ عن استعمال الحق.

القاعدة الرابعة - الاستعمال غير المعتاد وترتب ضرر للغير: إذا استعمل الإنسان حقه على نحو غير معتاد في عرف الناس، ثم ترتب عليه ضرر للغير، كان متعسفاً، كرفع صوت المذياع المزعج للجيران والتأذي به، واستئجار دار، ثم ترك الماء في جدرانها وقتاً طويلاً، أو استئجار سيارة يحملها أكثر من حمولتها، أو دابة ويضرها ضرباً قاسياً أو يحملها ما لا تطيق.

ففي كل ذلك يعتبر متعسفاً، فيمنع من تعسفه، ويعوض المتضرر عما أصابه من

ضرر.

كذلك يمنع من استعمال حقه ، إذا استعمل حقه استعمالاً غير معتاد ، ولم يترتب عليه ضرر ظاهر ؛ لأن الاستعمال على هذا النحو لا يخلو من ضرر ، وعدم ظهور الضرر لا يمنع من وجوده في الواقع ، وإن كان يمنع من الحكم عليه بالتعويض لعدم وضوح الضرر ، فإن كان الاستعمال معتاداً مألوفاً ، ووقع الضرر فلا يعد تعسفاً ، ولا يترتب على ذلك ضمان ، كالطبيب الجراح الذي يجري عملية جراحية معتادة ، ويموت المريض ، فلا يضمن . ومثله من يوقد فرنأ يتأذى الجيران بدخانها ، أو يدير آلة يتضرر الجيران بصوتها المعتاد ، فلا ضمان ؛ لأن كل ذلك معتاد مألوف .

وبناء عليه : من يشعل ناراً في أرضه ، فطار منها شرر أحرق شيئاً لجاره ، إن كان ذلك في أحوال عادية فلا ضمان عليه . وإن كان ذلك في وقت هبوب الرياح واشتدادها ، فعليه الضمان .

وكذلك سقاية الأرض ، إن كان سقياً عادياً ، فتسرب الماء إلى أرض الجار ، فلا ضمان ، وإن كان سقياً غير عادي بماء لا تحتمله الأرض عادة ، فعليه ضمان الضرر اللاحق بالغير^(١) .

والمقياس في ذلك هو العرف الذي يحدد كون التصرف معتاداً أو غير معتاد . وعليه تطبق أحكام التعامل مع الخباز والكواء إذا أحرق ما سلم له ، يضمن إذا تصرف تصرفاً غير معتاد بزيادة وقود النار ، وحرارة الكهرباء .

القاعدة الخامسة - استعمال الحق مع الإهمال أو الخطأ : إذا استعمل الإنسان حقه على وجه ليس فيه احتياط واحتراس وتثبت ، فأضر بالغير ، وهذا ما يعرف بالخطأ ، كان متعسفاً أو مسؤولاً ومسؤولية تقصيرية .

سواء أكان خطأ في القصد ، كما إذا رأى الصياد شبحاً من بعيد ، فظنه صيداً ، فأطلق عليه النار ، فإذا هو إنسان .

(١) الهداية : ١٩٧ / ٢ ، المهذب : ٤٠١ / ١ .

أو كان خطأ في الفعل ، كما إذا سد الصائد الرمية على صيد ، فانخرقت وأصاب
إنساناً ، أو تجاوزت الصيد إلى إنسان فقتلته .

فذلك كله إساءة في استعمال الحق يترتب عليه تعويض الضرر الذي أصاب
الغير؛ لأنه كان يجب عليه التثبت والانتباه أو الاحتراس في كل من القصد والفعل ،
فإذا قصر في ذلك تحمل نتيجة فعله صوناً لدماء الناس وأموالهم .

والدليل أن الله تعالى أوجب تعويض الضرر في القتل الخطأ بالدية ، ومنع النبي
من الضرر في الحديث المتقدم : « لا ضرر ولا ضرار » ولا سبيل إلى رفع الضرر بعد
وقوعه إلا بإيجاب الضمان أو التعويض .

ومجال هذه القاعدة هو الضرر الناشئ عن الخطأ في استعمال الحق ، سواء أكان
هذا الحق ثابتاً بإذن الشارع ، أم بالعقد أم بغيرها من مصادر الحق ؛ لأن استعمال
الحقوق مقيد بشرط السلامة كما يقرر الفقهاء^(١) ، ولأن أموال الناس ودماءهم معصومة
لا تهدر بحال ، فيجب ضمانها وتعويض الضرر الواقع عليها .

وأساس هذه القاعدة حصول الضرر ، سواء أكان قليلاً أو كثيراً .

ولا تطبق هذه القاعدة في حالتين :

الأولى - إذا كان استعمال الحق لا يمكن فيه الاحتراز أو التثبت عادة ، كالطبيب
الذي يجري عملية جراحية على النحو المعتاد ، فأفضى ذلك إلى تلف عضو أو نفس ،
لا يكون ضامناً .

الثانية - إذا اتخذ الشخص الاحتياطات ، ومع ذلك وقع الضرر ، فلا يضمنه كما
إذا قام إنسان بالتدرب على إطلاق النار في ملكه ، ووضع لافتات على أرضه بعدم

(١) الهداية : ٤ / ١٥٤ وما بعدها .

الدخول ، فلا ضمان عليه إذا أصاب أحداً دخل أرضه . كما لا ضمان على من سلك طريقاً مخوفاً أو فيه سباع فوجد مقتولاً ، لا تجب ديته^(١) .

ومن تطبيقات هذه القاعدة :

حوادث السير بدون قصد من قتل وإتلاف مال ، وما يترتب على ممارسة حق التأديب للزوج والمعلم والأب والحاكم من إتلافات غير مقصودة . وحالات تجاوز حدود الدفاع الشرعي من الأخف إلى الأثقل ، واستهلاك الأموال على الظن أنها مال الشخص ، فكل ذلك يوجب تعويض الضرر .

آثار أو أحكام التعسف :

التعسف في استعمال الحق يندرج تحت « الفعل الضار » أحد مصادر الحق . أما ما ينشأ عن التعسف من حقوق أو آثار وأحكام فهي ما يأتي :

١ - إزالة الضرر عيناً كهدم البناء الذي بناه المالك ملاصقاً لجاره ، فسد عليه النور والهواء ، وسد النافذة التي فتحها المالك ، وكانت تطل على نساء جاره .

٢ - التعويض عن الضرر إذا كان تلف نفس أو عضو أو مال .

٣ - إبطال التصرف كإبطال زواج التحليل وبيع العينة والوصية الضارة بالورثة .

٤ - المنع من ممارسة الحق كمنع الزوج من السفر بزوجه إذا قصد بالسفر إيذاءها .

٥ - التعزير كالدعوى المرفوعة على الشرفاء للتشهير بهم .

(١) الهداية : ٤ / ١٨١ .

٦- الإيجار على الفعل كإيجار التجار على البيع بسعر معين ، وإيجار العمال على العمل بأجر المثل .

٤- نقل الحق :

يجوز انتقال الحق بسبب ناقل له ، سواء أكان الحق مالياً كحق الملكية في المبيع ، فإنه ينتقل من البائع للمشتري بسبب عقد البيع ، وحق الدين ، فإنه ينتقل من ذمة الدائن إلى تركته بسبب الوفاة ، أم كان الحق غير مالي كحق الولاية على الصغير ، فإنه ينتقل من الأب إلى الجد بسبب وفاة الأب ، وحق الحضنة ، فإنه ينتقل من الأم إلى الجدة لأم إذا تزوجت الأم بغير محرم من الصغير .

وأسباب انتقال الحق كثيرة منها : العقد ، ومنها الالتزام الذي يتم من جانب واحد ، ومنها الوفاة ، ومنها حوالة الدين من مدين إلى مدين آخر . وهي نوع من العقد لا خلاف في مشروعيته بين الفقهاء . ومنها حوالة الحق من دائن إلى دائن كأن يحيل البائع دائنه على المشتري بالثمن ، ويحيل المرتهن على الراهن بالدين ، وتحيل الزوجة على زوجها بالمهر ، وهي جائزة على التحقيق عند فقهاء المذاهب ، حتى عند الحنفية في نطاق ما يسمى عندهم بالحوالة المقيدة : وهي أن يحيل شخص غيره بالدين الذي له على الحال عليه .

٥- انقضاء الحق :

ينتهي الحق بسبب من الأسباب المقررة شرعاً لانتهائه ، وهو يختلف بحسب نوع الحق ، فحق الزواج ينتهي بالطلاق ، وحق الابن في النفقة على أبيه ينتهي بقدرته على الكسب ، وحق الملكية ينتهي بالبيع ، وحق الانتفاع ينتهي بفسخ عقد الإجارة أو انتهاء المدة ، أو بانفساخ العقد بالأعدار أو الظروف الطارئة كانهدام المنزل ، وحق الدين ينتهي بالأداء أو بالمقاصة أو بالإبراء : وهو إسقاط صاحب الحق حقه ممن هو عليه . وتفاصيل ذلك تعرف في بحث نظرية العقد .

الفصل الثاني الأموال

المال بطبيعته محل الملكية إلا إذا وجد مانع من الموانع ، وهو في الغالب محل المعاملات المدنية كالبيع والإيجار والشركة والوصية ونحوها . وهو أيضاً عنصر ضروري من ضرورات الحياة أو المعيشة التي لا غنى عنها للإنسان .

لذا سأذكر تعريف المال وأقسامه وما يقبل التملك منه وما لا يقبل ، ثم أبين تعريف الملك وأقسامه وخصائص كل قسم .

المبحث الأول - تعريف المال وإرثه :

تعريف المال - المال في اللغة : كل ما يقتنى ويجوزه الإنسان بالفعل سواء أكان عيناً أم منفعة ، كذهب أو فضة أو حيوان أو نبات أو منافع الشيء كالركوب واللبس والسكنى . أما ما لا يجوزه الإنسان فلا يسمى مالاً في اللغة كالطير في الهواء والسمك في الماء والأشجار في الغابات والمعادن في باطن الأرض .

وأما في اصطلاح الفقهاء ففي تحديد معناه رأيان :

أولاً - عند الحنفية : المال : هو كل ما يمكن حيازته وإحرازه وينتفع به عادة ، أي أن المالية تتطلب توفر عنصرين :

١ - إمكان الحيازة والإحراز : فلا يعد مالاً : ما لا يمكن حيازته كالأمور المعنوية مثل العلم والصحة والشرف والذكاء ، وما لا يمكن السيطرة عليه كالهواء

الطلق^(١) وحرارة الشمس وضوء القمر.

٢- إمكان الانتفاع به عادة : فكل ما لا يمكن الانتفاع به أصلاً لكلم الميتة والطعام المسموم أو الفاسد، أو ينتفع به انتفاعاً لا يعتد به عادة عند الناس كحبة قح أو قطرة ماء أو حفنة تراب، لا يعد مالاً، لأنه لا ينتفع به وحده. والعادة تتطلب معنى الاستمرار بالانتفاع بالشيء في الأحوال العادية، أما الانتفاع بالشيء حال الضرورة كأكل لحم الميتة عند الجوع الشديد (الخمصة) فلا يجعل الشيء مالاً، لأن ذلك ظرف استثنائي.

وتثبت المالية بتمول الناس كلهم أو بعضهم^(٢)، فالخمر أو الخنزير مال لا انتفاع غير المسلمين بها. وإذا ترك بعض الناس تمول مال كالثياب القديمة فلا تزول عنه صفة المالية إلا إذا ترك كل الناس تموله.

وقد ورد تعريف المال في المادة ١٢٦ من المجلة نقلاً عن ابن عابدين الحنفي^(٣) وهو: «المال: هو ما يميل إليه طبع الإنسان، ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة، منقولاً كان أو غير منقول».

ولكنه تعريف منتقد؛ لأنه ناقص غير شامل، فالخضراوات والفواكه تعتبر مالاً، وإن لم تدخر لتسرع الفساد إليها. وهو أيضاً بتحكيم الطبع فيه قلق غير مستقر؛ لأن بعض الأموال كالأدوية المرة والسموم تنفر منها الطباع رغم أنها مال. وكذلك المباحات الطبيعية قبل إحرازها من صيود ووحوش وأشجار في الغابات تعد أموالاً ولو قبل إحرازها أو تملكها.

(١) أما الهواء المضغوط المعبأ في زجاجات فهو مال محرز.

(٢) البحر الرائق: ٢ / ٢٢٧، رد المحتار لابن عابدين: ٣ / ٤.

(٣) رد المحتار: ٣ / ٤.

ثانياً- وأما المال عند جمهور الفقهاء غير الحنفية : فهو كل ما له قيمة يلزم متلفه بضمانه^(١) . وهذا المعنى هو المأخوذ به قانوناً ، فالمال في القانون هو كل ذي قيمة مالية .

الأشياء غير المادية - الحقوق والمنافع :

حصر الحنفية معنى المال في الأشياء أو الأعيان المادية أي التي لها مادة وجرم محسوس . وأما المنافع والحقوق فليست أموالاً عندهم وإنما هي ملك لا مال . وغير الحنفية اعتبروها أموالاً ؛ لأن المقصود من الأشياء منافعها لا ذواتها ، وهذا هو الرأي الصحيح المعمول به في القانون وفي عرف الناس ومعاملاتهم ، ويجري عليها الإحراز والحيازة .

والمقصود بالمنفعة : هو الفائدة الناتجة من الأعيان ، كسكنى الدار ، وركوب السيارة ، ولبس الثوب ونحو ذلك .

وأما الحق : فهو ما يقرره الشرع لشخص من اختصاص يؤهله لممارسة سلطة معينة أو تكليف بشيء . فهو قد يتعلق بالمال كحق الملكية وحق الارتفاق بالعقار المجاور من مرور أو شرب أو تعلي ، وقد لا يتعلق بالمال كحق الحضنة ، والولاية على نفس القاصر .

والمنافع ، والحقوق المتعلقة بالمال ، والحقوق المحضة كحق المدعي في تحليف خصمه اليمين ليست أموالاً عند الحنفية ، لعدم إمكان حيازتها بذاتها ، وإذا وجدت فلا بقاء ولا استمرار لها ، لأنها معنوية ، وتنتهي شيئاً فشيئاً تدريجياً .

وقال جمهور الفقهاء غير الحنفية : إنها تعتبر مالا ، لإمكان حيازتها بحيازة أصلها

(١) قال الإمام الشافعي رضي الله عنه : لا يقع اسم مال إلا على ما له قيمة يباع بها ويلزم متلفه ، وإن قلت ، ومالا يطرحه الناس مثل الفلوس وما أشبه ذلك (راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص ٢٥٨ ، ط مصطفى محمد) .

ومصدرها ، ولأنها هي المقصودة من الأعيان ، ولولاها ما طلبت ، ولا رغب الناس بها .

ويترتب على هذا الخلاف بعض النتائج أو الثمرات في الغصب والميراث والإجارة . فمن غصب شيئاً وانتفع به مدة ، ثم رده إلى صاحبه ، فإنه يضمن قيمة المنفعة عند غير الحنفية ، وعند الحنفية : لا ضمان عليه إلا إذا كان المغصوب شيئاً موقوفاً ، أو مملوكاً ليتيم ، أو معداً للاستغلال كعقار معد للإيجار كفندق أو مطعم ؛ لأن هذه الأملاك بحاجة شديدة للحفظ ومنع العدوان عليها . وهذا المعنى في الواقع موجود في كل المنافع ، فينبغي الإفتاء بالضمان في كل المغصوبات .

والإجارة تنتهي بموت المستأجر عند الحنفية ؛ لأن المنفعة ليست مالاً حتى تورث ، وغير الحنفية يقولون : لا تنتهي الإجارة بموت المستأجر وتظل باقية حتى تنتهي مدتها .

والحقوق لا تورث عند الحنفية كالحق في خيار الشرط أو خيار الرؤية . وتورث عند غير الحنفية .

المبحث الثاني - أقسام المال

قسم الفقهاء المال عدة تقسيمات يترتب عليها أحكام مختلفة بحسب كل قسم ، وأكتفي ببيان أربعة تقسيمات ، أوضحها القانون المدني :

- ١ - باعتبار إباحة الانتفاع وحرمته إلى : متقوم وغير متقوم .
- ٢ - باعتبار استقراره في محله وعدم استقراره إلى : عقارٍ ومنقول .
- ٣ - باعتبار تماثل أحاده أو أجزاءه وعدم تماثلها إلى : مثلي وقيمي .
- ٤ - باعتبار بقاء عينه بالاستعمال وعدم بقائه إلى : استهلاكي واستعمالي .

المطلب الأول - المال المتقوم وغير المتقوم :

المال المتقوم: كل ما كان محرزاً بالفعل، وأباح الشرع الانتفاع به كأنواع العقارات والمنقولات والمطعومات ونحوها .

وغير المتقوم: ما لم يحرز بالفعل، أو ما لا يباح الانتفاع به شرعاً إلا في حالة الاضطرار^(١)، مثال الأول: السمك في الماء والطير في الهواء والمعادن في باطن الأرض ونحوها من المباحات كالصيد والحشيش فهي غير متقومة عرفاً. ومثال الثاني: الخمر والخنزير بالنسبة للمسلم غير متقومين شرعاً، فلا يباح للمسلم الانتفاع بها إلا عند الضرورة وبقدر الضرورة كدفع خطر جوع شديد أو عطش شديد يخشى معه الهلاك، ولا يجد الإنسان شيئاً آخر سواهما، فيباح له الانتفاع بأحدهما بقدر ما يدفع الهلاك عن نفسه .

أما بالنسبة لغير المسلم فهما من الأموال المتقومة عند فقهاء الحنفية؛ لأننا أمرنا بتركهم وما يدينون . فلو أتلفها مسلم أو غير مسلم وجب عليه ضمانها . وقال غير الحنفية: لا يعتبران مالاً متقوماً؛ لأن غير المسلمين المقيمين في بلادنا ملزمون بأحكام المعاملات الإسلامية، فلهم ما للمسلمين، وعليهم ما عليهم .

وتظهر فائدة هذا التقسيم في موضعين :

الأول - صحة التعاقد عليه وعدمها : فالمتقوم يصح أن يكون محلاً لجميع العقود التي ترد على المال كالبيع والإيجار والهبة والإعارة والرهن والوصية والشركة ونحوها . وغير المتقوم: لا يصح التعاقد عليه بشيء من تلك العقود، فيعد بيع المسلم خمرأ أو خنزيراً بيعاً باطلاً، ولو اشترى المسلم بخمرأ أو خنزير كان الشراء فاسداً، وسبب

(١) راجع المادة (١٢٧) من المجلة، الدر المختار: ٤ / ١١١ وما بعدها .

التفرقة بين الحالتين أن المبيع هو المقصود الأصلي من البيع ، فتقومه شرط انعقاد .
وأما الثمن فهو وسيلة لا يقصد لذاته ، فتقومه شرط صحة .

الثاني - الضمان عند الإلتلاف : إذا أتلّف إنسان مالاً متقوماً لغيره وجب عليه ضمان مثله إن كان مثلياً ، أو قيمته إن كان قيمياً . أما غير المتقوم فلا يضمن بالإلتلاف إذا كان لمسلم . فلو أراق أحد خمرًا لمسلم أو قتل خنزيراً له ، لا يضمنه . أما لو أتلّفه أحد لذمي (أي غير مسلم مقيم في دار الإسلام) ضمن له قيمته عند الحنفية ، لأنه مال متقوم عندهم ، كما أوضحنا .

التقوم وعدمه عند القانونيين :

يختلف معنى التقوم وعدمه بين الشرعيين والقانونيين ، فهو عند الشرعيين كما عرفنا : ما يباح الانتفاع به شرعاً ، أو ما لا يباح ذلك .

وأما عند القانونيين : فالتقوم : ما كان ذا قيمة بين الناس . وعدم التقوم : هو خروج الأشياء عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون . فالأولى هي التي يشترك كل الناس في الانتفاع بها ولا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، كالهواء والبحار وأشعة الشمس . والثانية : هي الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون كالتحدرات الممنوعة والمواد الحربية المتفجرة ، وكل الأشياء المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة أو المخصصة للنفع العام بالفعل .

وقد أخذت فكرة التقوم وعدمه من مفهوم المادة (٨٣) من القانون المدني التي تنص على ما يأتي :

١ - كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية .

٢ - والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن

يستأثر بميزاتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية .

يتبين من ذلك أن فكرة التقوم وعدمه تنبني في القانون على جواز التعامل في الشيء وعدم جوازه قانوناً . فالخمر مثلاً يجوز التعامل بها في القانون ولا يجوز التعامل بها في الشرع .

المطلب الثاني- العقار والمنقول :

للفقهاء اصطلاحان في بيان المقصود من العقار والمنقول، أحدهما للحنفية، والآخر للمالكية .

رأي الحنفية - المنقول : هو ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر، سواء أبقى على صورته وهيئته الأولى، أم تغيرت صورته وهيئته بالنقل والتحويل ويشمل النقود والعروض التجارية وأنواع الحيوان والمكيلات والموزونات^(١) .

والعقار: هو الثابت الذي لا يمكن نقله وتحويله أصلاً من مكان إلى آخر كالدور والأراضي^(٢) .

ويلاحظ أن البناء والشجر والزرع في الأرض لا تعد عقاراً عند الحنفية إلا تبعاً للأرض، فلو بيعت الأرض المبنية أو المشجرة أو المزروعة طبقت أحكام العقار على ما يتبع الأرض من البناء ونحوه . أما لو بيع البناء وحده أو الشجر وحده من غير الأرض فلا يطبق عليها حكم العقار . فالعقار عند الحنفية لا يشمل إلا الأرض خاصة . والمنقول يشمل ما عداها^(٣) .

(١) م ١٢٨ من مجلة الأحكام العدلية .

(٢) م ١٢٩ من المجلة .

(٣) رد المحتار: ٤٠٨ / ٣ .

رأي المالكية - ضيق المالكية من دائرة المنقول ووسعوا في معنى العقار فقالوا : المنقول : هو ما أمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر مع بقاءه على هيئته وصورته الأولى كالملابس والكتب والسيارات ونحوها . والعقار عندهم : هو ما لا يمكن نقله وتحويله أصلاً كالأرض ، أو أمكن تحويله ونقله مع تغيير صورته وهيئته عند النقل والتحويل كالبناء والشجر . فالبناء بعد هدمه يصير أنقاضاً ، والشجر يصبح أخشاباً^(١) .

وهذا الرأي هو المتفق مع القانون المدني السوري ، كما نصت المادة ١٨٤ / ١ : « كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه ، لا يمكن نقله منه ، دون تلف ، فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول » .

لكن توسع القانون في معنى العقار في الفقرة الثانية من هذه المادة ، فأدخل فيه المنقولات التي يضعها صاحبها في عقار يملكه لخدمة هذا العقار أو استثماره ، حتى السباد والسبك ، وسماها « عقاراً بالتخصيص » وهذا سائغ في مذهب المالكية . وأدخل فيه أيضاً في المادة (٨٥) الحقوق العينية المترتبة على العقار كحقوق الارتفاق والتأمينات ، حتى الدعوى المتعلقة بحق عيني على عقار . واعتبار هذه الدعوى عقاراً فيه إغراق في تصور معنى العقار .

هذا وقد يتحول المنقول إلى عقار وبالعكس ، مثال الأول : الأبواب والأقفال وتمديدات الماء والكهرباء تصبح عقاراً باتصالها بالعقار على نحو ثابت . ومثال الثاني : أنقاض البناء وكل ما يستخرج من الأرض من معادن وأحجار وتراب ، تصبح منقولاً بمجرد فصلها عن الأرض .

وتظهر فائدة تقسيم المال إلى عقار ومنقول في طائفة من الأحكام الفقهية التالية :

(١) بداية المجتهد : ٢ / ٢٥٤ .

١- الشفعة^(١): تثبت في المبيع العقاري^(٢)، ولا تثبت في المنقول، إذا بيع مستقلاً عن العقار. فإن بيع المنقول تبعاً للعقار ثبت فيها الشفعة. وكذلك بيع الوفاء^(٣): يختص بالعقار دون المنقول.

٢- الوقف: لا يصح عند الحنفية خلافاً لجمهور الفقهاء إلا في العقار. أما المنقول فلا يصح وقفه إلا تبعاً للعقار كوقف أرض وما عليها من آلات وحيوان، أو ورد بصحة وقفه أثر عن السلف كوقف الخيل والسلاح، أو جرى العرف بوقفه كوقف المصاحف والكتب وأدوات الجنابة. ويصح عند غير الحنفية وقف العقار والمنقول على السواء^(٤).

٣- بيع الوصي مال القاصر: ليس للوصي بيع عقار القاصر إلا بمسوغ شرعي كإيفاء دين أو دفع حاجة ضرورية أو تحقيق مصلحة راجحة. وقد أنيط ذلك بإذن القاضي في قانون الأحوال الشخصية؛ لأن بقاء عين العقار فيه حفاظ على مصلحة القاصر أكثر من حفظ ثمنه.

أما المنقول: فله أن يبيعه متى رأى مصلحة في ذلك. وفي بيع مال المدين المحجوز عليه لوفاء دينه يبدأ أولاً ببيع المنقول، فإن لم يف ثمنه انتقل إلى العقار تحقيقاً لمصلحة المدين.

٤- يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لبقية الفقهاء بيع العقار قبل قبضه من المشتري، أما المنقول فلا يجوز بيعه قبل القبض أو التسليم؛ لأن المنقول عرضة للهلاك كثيراً بعكس العقار.

(١) الشفعة: حتى تملك العقار المبيع جبراً عن المشتري، بما قام عليه من ثمن وتكاليف مثل رسم التسجيل وأجرة المسار ونحوهما. وتثبت عند الحنفية للشريك والجار، وعند غير الحنفية: تثبت للشريك فقط.

(٢) مختصر الطحاوي: ص ١٢٠.

(٣) بيع الوفاء: هو أن يبيع المحتاج إلى النقود عقاراً بشرط أنه متى وفى الثمن استرد العقار (م ١١٨م).

(٤) الدر المختار ورد المختار: ٤٠٨/٣-٤١١، فتح القدير: ٤٨/٥ وما بعدها.

٥- حقوق الجوار والارتفاق تتعلق بالعقار، دون المنقول.

٦- لا يتصور غصب العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف، إذ لا يمكن نقله وتحويله، ويرى محمد وسائر الفقهاء إمكان غصب العقار، وهذا الذي أخذت به المجلة (م ٩٠٥ وما بعدها).

أما المنقول فيتصور غصبه باتفاق الفقهاء^(١).

المطلب الثالث - المال المثلي والقيمي :

المال المثلي : ما له مثل أو نظير في الأسواق من غير تفاوت في أجزائه أو وحداته تفاوتاً يعتد به في التعامل^(٢). والأموال المثلية أربعة أنواع هي : المكيلات (كالقمح والشعير) والموزونات (كالقطن والحديد) والعدديات المتقاربة في الحجم كالجوز والبيض ، وبعض أنواع الذرعيات (التي تباع بالذراع أو المتر ونحوهما) : وهي التي تتساوى أجزاؤها دون فرق يعتد به كأثواب الجوخ والقطن والحريز، وألواح البلور، والأخشاب الجديدة. أما إن تفاوتت أجزاء المذروع كالنسيج غير المتماثل الأجزاء وكالأراضي، فيصبح مالاً قيمياً لا مثلياً. وكما يعد المعدود المتقارب من المحصولات الطبيعية من المال المثلي، كذلك يعد المعدود المتماثل من المصنوعات من مادة واحدة وشكل واحد مالاً مثلياً كأواني الأكل والشرب، والسيارات المتحددة النوع، وأدوات غيارها، والكتب الجديدة المطبوعة.

والمال القيمي : هو ما ليس له نظير أو مثل في السوق، أوله مثل ولكن مع التفاوت المعتد به بين وحداته في القيمة^(٣)، مثل أفراد الحيوان والأراضي والأشجار

(١) وهناك أحكام قانونية تختلف بين العقار والمنقول : منها أن انتقال ملكية العقار لا يتم إلا بالتسجيل، أما المنقول فلا حاجة في نقل ملكيته إلى التسجيل. ومنها أن الحيابة بسبب صحيح وبمجن نية في المنقول سند الملكية. أما العقار فإن حيازته ولو بسبب صحيح لا تثبت بها الملكية إلا بمضي خمس سنين (م ٩٢٧، ٩١٨).

(٢) م ١٤٥ من المجلة.

(٣) م ١٤٦ من المجلة.

والدور وأنواع السجاد والبسط والأحجار الكريمة كالماس والياقوت والكتب المخطوطة أو المستعملة .

ويدخل في المال القيمي : العدديات المتفاوتة القيمة في أحادها كالبطيخ والرمان عند اختلاف أحجامها وأنواعها .

وقد ينقلب المال المثلي قيمياً وبالعكس ، وحالات انقلاب المثلي قيمياً أربعة هي :

- ١- الانقطاع من السوق : إذا انقطع وجود المال المثلي من الأسواق انقلب قيمياً .
 - ٢- الاختلاط : إذا اختلط مالان مثليان من جنسين مختلفين كحنطة وشعير ، صار الخليط قيمياً .
 - ٣- التعرض للخطر : إذا تعرض المال المثلي للخطر كالحريق أو الغرق ، صار له قيمة خاصة .
 - ٤- التعيب أو الاستعمال : إذا تعيب المال المثلي أو استعمل ، صار له قيمة خاصة .
- وانقلاب المال القيمي إلى مثلي يكون في حال الكثرة بعد الندرة ، فإذا كان المال نادر الوجود في السوق ، ثم أصبح كثير الوجود ، صار مثلياً بعد أن كان له قيمة خاصة .
- ويلاحظ أن المال المتقوم أعم من القيمي ، فالمتقوم يشمل القيمي والمثلي .

وتظهر فائدة التقسيم إلى مثلي وقيمي فيما يأتي :

١- الثبوت في الذمة^(١) : يثبت المال المثلي ديناً في الذمة أي بأن يكون ثمناً في

(١) سأوضح قريباً معنى الذمة وخصائصها وبدئها وانتهائها بمشيئة الله تعالى .

البيع ، عن طريق تعيين جنسه وصفته . ويصح بالتالي وقوع المقاصة بين الأموال المثلية .

أما القيمي : فلا يقبل الثبوت ديناً في الذمة ، فلا يصح أن يكون ثمناً ، ولا تجري المقاصة بين الأموال القيمية . وإذا تعلق الحق بمال قيمي كرأس غنم أو بقر ، يجب أن يكون معيناً بذاته ، متميزاً عن سواه ، بالإشارة إليه منفرداً ، لا مشاراً إليه بالوصف ؛ لأن أفراد المال القيمي ولو من نوع واحد غير متاثلة ، ولكل واحد منها صفة وقيمة معينة .

٢- كيفية الضمان عند التعدي أو الإلتلاف : إذا أتلّف شخص مالا مثلياً ، مثل كمية من القمح أو السكر ، وجب عليه ضمان مثله ، حتى يكون التعويض على أكمل وجه ، والمثل أقرب إلى الشيء المتلف صورة ومعنى ، أي مالية . أما القيمي فيضمن المتعدي قيمته ؛ لأنه يتعذر إيجاب مثله صورة ، فيكتفى بإيجاب مثله معنى ، أي من ناحية المالية ، وهي القيمة .

٣- القسمة وأخذ النصيب : تدخل القسمة جبراً في المال المثلي المشترك ، ولكل شريك أخذ نصيبه في غيبة الآخر دون إذنه . أما القيمي : فلا تدخل فيه القسمة الجبرية ، ولا يجوز للشريك أخذ نصيبه في غيبة الآخر بدون إذنه ؛ لأن القسمة فيها معنى الإفراز والمبادلة ، فإذا كان المال مثلياً كانت جهة الإفراز هي الراجعة لتأثر أجزائه . وإذا كان قيمياً كانت جهة المبادلة هي الراجعة لعدم تماثل أجزائه ، فكأنه أخذ بدل حقه لآعينه .

٤- الربا : الأموال القيمية لا يجري فيها الربا المحرم ، فيجوز بيع غنمة بغنمتين ، أي يجوز بيع القليل بالكثير من جنسه . أما الأموال المثلية فيجري فيها الربا الحرام الذي يوجب تساوي العوضين المتجانسين في الكمية والمقدار ، وتكون الزيادة حراماً . فلا يجوز بيع قنطار من القمح بقنطار وربع مثلاً ، لاشتغال البيع على ما يسمى بربا الفضل ، وهذا الربا يختص شرعاً بالمقدرات المثلية من مكيل أو موزون فقط .

الذمة المالية وخصائصها :

لا يتصور ثبوت دين على إنسان إلا بتصور محل اعتباري مفترض مقدر وجوده في كل إنسان . وهذا المحل المقدر المفترض هو الذمة ، فالذمة تختلف عن الأهلية ، إذ أن الأهلية : هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وتحمل الواجبات . وتحمل الواجبات أو الالتزامات يستلزم وجود محل في الشخص تستقر فيه تلك الواجبات أو الديون . وتبدأ الأهلية ناقصة منذ بدء تكون الجنين ، وتكمل أهلية الوجوب بالولادة .

وبالولادة تبدأ الذمة مع بدء تصور وجود العنصر الثاني من تلك الأهلية : وهو عنصر المديونية أو الالتزام ، فالأهلية هي الصلاحية ، والذمة محل الصلاحية . فالذمة : هي محل اعتباري في الشخص تقع فيه الديون أو الالتزامات^(١) .

أولاً - خصائص الذمة :

للذمة الخصائص التالية :

١ - الذمة من صفات الشخصية الطبيعية وهو الإنسان أو الاعتبارية كالشركات والمؤسسات والأوقاف والمساجد . فلا ذمة للجنين قبل ولادته ، فلا تصح الهبة له ، لكن تصح الوصية له بشرط ولادته حياً ، ولا ذمة للحيوان ، فلو أوصى شخص لدابة وقصد تملكها فالوصية باطلة ، لكن لو كان بقصد الإنفاق عليها صحت الوصية ، ويكون المقصود بها مالها . ولا يتعين صرف الموصى به للنفقة على الدابة عند الحنفية^(٢) ، ويتعين ذلك لعلف الدابة عند الشافعية^(٣) .

(١) المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه للأستاذ مصطفى الزرقاء : ف ١٢٣ .

(٢) الدر المختار : ٤٥٩/٥ ، ٤٦٢ .

(٣) مغني المحتاج : ٤٢/٣ .

٢ - لا بد لكل شخص بعد ولادته من ذمة ، حتى ولو كانت فارغة بريئة ؛ لأن الذمة من توابع الشخصية ، وتلازم العنصر الثاني من أهلية الوجوب ، وهذه الأهلية مناطها الصفة الإنسانية ، فتلازم الإنسان منذ وجوده .

٣ - لا تتعدد الذمة ، فلكل شخص ذمة واحدة ، ولا اشتراك بين أشخاص في الذمة .

٤ - الذمة لا حدّ لسعتها ، فهي تتسع لكل الديون مهما عظمت ؛ لأن الذمة ظرف اعتباري ، يتسع لكل الالتزامات .

٥ - الذمة متعلقة بالشخص ، لا بأمواله و ثروته ، ليتمكن من ممارسة نشاطه الاقتصادي بحرية مطلقة تمكنه من تسديد ديونه ، فله التجارة والبيع ولو كان مديناً بأكثر مما يملك . وله وفاء أي دين متقدم أو متأخر في الثبوت . ولا يحق للدائنين الاعتراض عليه .

٦ - الذمة ضمان عام لكل الديون بلا تمييز لدين على آخر إلا إذا وجد لصاحب دين حق عيني كالرهن ، أو كانت بعض الحقوق الشخصية ذات امتياز كنفقات التجهيز والتكفين ، ودين النفقة للزوجة والأولاد الصغار ، وديون الضرائب الحكومية .

ثانياً - انتهاء الذمة :

تبدأ الذمة بالولادة وتنتهي بالوفاة ، وللفقهاء آراء ثلاثة في انتهاء الذمة .

الرأي الأول للحنابلة في رواية عندهم^(١) - انهدام الذمة بمجرد الموت : لأن الذمة من خصائص الشخصية ، والموت يعصف بالشخص ويذمته . وأما الديون فتتعلق عند أكثر الحنابلة بالتركة ، فمن مات ولا تركة له سقطت ديونه .

(١) القواعد لابن رجب : ص ١٩٣ وما بعدها .

الرأي الثاني للمالكية والشافعية وبعض الحنابلة^(١) - بقاء الذمة بعد الموت حتى إيفاء الديون وتصفية التركة : تبقى الذمة بعد الموت حتى تصفى الحقوق المتعلقة بالتركة . فيصح للميت اكتساب حقوق جديدة بعد موته كان سبباً لها ، كمن نصب شبكة للاصطياد ، فوقع فيها حيوان ، فإنه يملكه ، وتظل ذمة الميت باقية بعد موته حتى تسدد ديونه ، لقوله عليه السلام : « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه »^(٢) . ويمكن أن تشغل ذمة الميت بعد موته بديون جديدة ، كشغلها بئمن المبيع الذي رده المشتري على البائع بعد موته بسبب عيب ظهر فيه . وكالتزامه بضمان قيمة ما وقع في حفرة حفرها الشخص قبل موته ، في الطريق العام . وتصح الكفالة بعد الموت بما على الميت المفلس من ديون ؛ لأن النبي ﷺ صحح هذه الكفالة . وتصح عند المالكية لا الشافعية والحنابلة الوصية لميت . ويقتصر أثر الموت في هذا الرأي على عدم مطالبة الميت بالحقوق وإنما يطالب ورثته بأداء الحقوق لأصحابها .

الرأي الثالث للحنفية - ضعف الذمة :

إن الموت لا يهدم الذمة ، لكن يضعفها ، فتبقى بقدر الضرورة لتصفية الحقوق المتعلقة بالتركة التي لها سبب في حال الحياة . فيكتسب الميت بعد موته ملكية جديدة كما في صورة نصب الشبكة للصيد ، ويلتزم بالديون التي تسبب بها الشخص قبل موته ، كرد المبيع المعيب عليه والتزامه بالئمن ، وضمان ما وقع في حفرة حفرها في الطريق العام . لكن لاتصح كفالة دين على ميت مفلس عند أبي حنيفة خلافاً للصابين^(٣) . ولا تصح الوصية للميت أو الهبة له . وبهذين الحكيمين الأخيرين يفترق الرأي الثالث عن الرأي الثاني .

(١) مغني المحتاج : ٤٠/٣ ، المغني : ٢١/٦ .

(٢) رواه أحمد والترمذي وابن ماجه والحاكم عن ابن هريرة ، وهو صحيح .

(٣) البدائع : ٦/٦ ، فتح القدير : ٤١٩/٥ .

المطلب الرابع - المال الاستهلاكي والاستعمالي :

المال الاستهلاكي : هو الذي لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه ، كأنواع الطعام والشراب والحطب والنفط والورق والنقود . فلا يمكن الانتفاع بهذه الأموال ماعدا النقود إلا باستئصال عينها . وأما النقود فاستهلاكها يكون بخروجها من يد مالكيها ، وإن كانت أعيانها باقية بالفعل .

والمال الاستعمالي : هو ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ، كالعقارات والمفروشات والثياب والكتب ونحوها .

وينظر إلى الانتفاع المميز بين النوعين لأول مرة ، لا إلى حالات الاستعمال المتكررة . فإن زالت عين الشيء من أول انتفاع كان مالاً استهلاكياً ، وإن بقيت عينه حينئذ كان مالاً استعمالياً .

وتظهر فائدة التقسيم فيما يأتي :

يقبل كل نوع من هذين المالين نوعاً معيناً من العقود . فالمال الاستهلاكي يقبل العقود التي غرضها الاستهلاك لا الاستعمال كالقرض وإعارة الطعام .

والمال الاستعمالي يقبل العقود التي هدفها الاستعمال دون الاستهلاك كالإجارة والإعارة .

فإن لم يكن الغرض من العقد هو الاستعمال وحده أو الاستهلاك وحده ، صح أن يرد على كلا النوعين : الاستعمالي والاستهلاكي كالبيع والإيداع ، يصح ورودها على كل من النوعين على السواء .

الفصل الثالث

الملكية وخصائصها

يشتمل على مطالب خمسة :

المطلب الأول - تعريف الملكية والمالك :

الملكية أو المالك : علاقة بين الإنسان والمال أقرها الشرع^(١) تجعله مختصاً به ، ويتصرف فيه بكل التصرفات ما لم يوجد مانع من التصرف .

والمالك كما يطلق على هذه العلاقة ، يطلق أيضاً على الشيء المملوك ، تقول : هذا الشيء ملكي أي مملوك لي . وهذا المعنى هو المقصود في تعريف المجلة (م ١٢٥) للملك بأنه ما ملكه الإنسان ، سواء أكان أعياناً أو منافع . وعلى هذا المعنى يفهم قول الحنفية : إن المنافع والحقوق ملك وليست بمال . وعلى هذا ، فالملك أعم من المال عندهم .

والمالك في اللغة : هو حيازة الإنسان للمال والاستبداد به أي الانفراد بالتصرف فيه .

وقد عرف الفقهاء الملك بتعاريف متقاربة مضمونها واحد^(٢) ، ولعل أفضلها هو ما يأتي :

(١) حق الملكية وغيره لا يثبت إلا بإقرار الشرع واعترافه به ، لأن الشرع هو مصدر الحقوق ، وليس الحق في الشريعة حقاً طبيعياً ، وإنما هو منحه إلهية منحها الخالق للأفراد وفقاً لمصلحة الجماعة .
(٢) راجع فتح القدير : ٧٤ / ٥ ، الفروق للقرافي : ٢٠٨ / ٣ وما بعدها .

المالك : اختصاص بالشيء يمنع الغير منه ، ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداء إلا المانع شرعي .

فإذا حاز الشخص مالا بطريق مشروع أصبح مختصاً به ، واختصاصه به يمكنه من الانتفاع به والتصرف فيه إلا إذا وجد مانع شرعي يمنع من ذلك كالجنون أو العته أو السفه أو الصغر ونحوها . كما أن اختصاصه به يمنع الغير من الانتفاع به أو التصرف فيه إلا إذا وجد مسوغ شرعي يبيح له ذلك كولاية أو وصاية أو وكالة .

وتصرف الولي أو الوصي أو الوكيل لم يثبت له ابتداء ، وإنما بطريق النيابة الشرعية عن غيره ، فيكون القاصر أو المجنون ونحوها هو المالك ، إلا أنه ممنوع من التصرف بسبب نقص أهليته أو فقدانها ، ويعود له الحق بالتصرف عند زوال المانع أو العارض .

المطلب الثاني - قابلية المال للتملك وعدمها :

المال في الأصل قابل بطبيعته للتملك ، لكن قد يعرض له عارض يجعله غير قابل في كل الأحوال أو في بعضها للتملك ، فيتنوع المال بالنسبة لقابليته للتملك إلى ثلاثة أنواع :

١- ما لا يقبل التملك ولا التملك بحال : وهو ما خصص للنفع العام كالطرق العامة والجسور والحصون والسكك الحديدية والأنهار والمتاحف والمكتبات العامة والحدائق العامة ونحوها . فهذه الأشياء غير قابلة للتملك لتخصيصها للمنافع العامة . فإذا زالت عنها تلك الصفة عادت لحالتها الأصلية ، وهي قابلية التملك ، فالطريق إذا استغني عنه أو ألغي جاز تملكه .

٢- ما لا يقبل التملك إلا بمسوغ شرعي : كالأموال الموقوفة وأملاك بيت المال أي الأموال الحرة في عرف القانونيين . فالأموال الموقوفة لا يباع ولا يوهب إلا إذا

تهدم أو أصبحت نفقاته أكثر من إيراده ، فيجوز للمحكمة الإذن باستبداله^(١) .

وأملك بيت المال (أو وزارة المالية ، أو الحكومة) لا يصح بيعها إلا برأي الحكومة لضرورة أو مصلحة راجحة ، كالحاجة إلى ثمنها ، أو الرغبة فيها بضعف الثمن ونحو ذلك ؛ لأن أموال الدولة كأموال اليتيم عند الوصي لا يتصرف فيها إلا للحاجة أو المصلحة .

٣- ما يجوز تملكه وتمليكه مطلقاً بدون قيد : وهو ما عدا النوعين السابقين .

المطلب الثالث- أنواع الملك :

الملك إما تام أو ناقص .

فالملك التام : هو ملك ذات الشيء (رقبته) ومنفعته معاً ، بحيث يثبت للمالك جميع الحقوق المشروعة .

ومن أهم خصائصه : أنه ملك مطلق دائم لا يتقيد بزمان محدود ما دام الشيء محل الملك قائماً . ولا يقبل الإسقاط ، فلو غضب شخص عيناً مملوكة لآخر ، فقال المالك المغصوب منه : أسقطت ملكي ، فلا تسقط ملكيته ويبقى الشيء ملكاً له ، وإنما يقبل النقل ، إذ لا يجوز أن يكون الشيء بلا مالك . وطريق النقل إما العقد الناقل للملكية كالبيع ، أو الميراث أو الوصية .

ويمنح صاحبه الصلاحيات التامة وحرية الاستعمال والاستثمار والتصرف فيما يملك كما يشاء ، فله البيع أو الهبة أو الوقف أو الوصية ، كما له الإعارة والإجارة ، لأنه

(١) أجاز الحنفية الاستبدال بالموقوف أرضاً أخرى للحاجة والمصلحة ، فقالوا : يجوز للقاضي التزيه العدل الإذن باستبدال الوقف ، بشرط أن يخرج عن الانتفاع بالكلية ، وأن لا يكون هناك ريع للوقف يعمر به ، وأن لا يكون البيع بغبن فاحش ، وأن يستبدل بعقار لا بدراهم ودنانير (الدر المختار ورد المختار : ٢ / ٤٢٥) .

يملك ذات العين والمنفعة معاً ، فله التصرف بهما معاً ، أو بالمنفعة فقط .

وإذا أتلّف المالك ما يملكه لا ضمان عليه ؛ إذ لا يتصور مالك وضامن في شخص واحد ، لكن يؤخذ ديانة ؛ لأن إتلاف المال حرام ، وقد يؤخذ قضاء فيحجر عليه إذا ثبت سفهه .

والمملك الناقص : هو ملك العين وحدها ، أو المنفعة وحدها . ويسمى ملك المنفعة حق الانتفاع . وملك المنفعة قد يكون حقاً شخصياً للمنتفع أي يتبع شخصه لا العين المملوكة ، وقد يكون حقاً عينياً أي تابعاً للعين دائماً ، بقطع النظر عن الشخص المنتفع ، وهذا يسمى حق الارتفاق ، ولا يكون إلا في العقار .

المطلب الرابع - أنواع المملك الناقص :

وعلى هذا يكون المملك الناقص ثلاثة أنواع :

أ - ملك العين فقط :

وهو أن تكون العين (الرقبة) مملوكة لشخص ، ومنافعها مملوكة لشخص آخر ، كأن يوصي شخص لآخر بسكنى داره أو بزراعة أرضه مدة حياته ، أو مدة ثلاث سنوات مثلاً ، فإذا مات الموصي وقبل الموصى له ، كانت عين الدار ملكاً لورثة الموصي بالإرث ، وللموصى له ملك المنفعة مدة حياته أو المدة المحددة . فإذا انتهت المدة صارت المنفعة ملكاً لورثة الموصي ، فتعود ملكيتهم تامة .

وفي هذه الحالة : ليس لمالك العين الانتفاع بها ، ولا التصرف بمنفعتها أو بالعين ، ويجب عليه تسليم العين للمنتفع ليستوفي حقه من منافعها ، فإذا امتنع أجبر على ذلك .

وبه يظهر أن ملكية العين فقط تكون دائمة ، وتنتهي دائماً إلى ملكية تامة ، وملكية المنافع قد تكون مؤقتة دائماً ؛ لأن المنافع لا تورث عند الحنفية .

٢- ملك المنفعة الشخصي أو حق الانتفاع^(١) :

هناك أسباب خمسة للملك المنفعة : وهي الإعارة والإجارة ، والوقف والوصية ، والإباحة .

أما الإعارة : فهي عند جمهور الحنفية والمالكية : تملك المنفعة بغير عوض . فلمستعير أن ينتفع بنفسه ، وله إعارة الشيء لغيره ، لكن ليس له إجارته ؛ لأن الإعارة عقد غير لازم (يجوز الرجوع عنه في أي وقت) ، والإجارة عقد لازم ، والضعيف لا يتحمل الأقوى منه ، وفي إجارة المستعار إضرار بالمالك الأصلي .

وعند الشافعية والحنابلة : هي إباحة المنفعة بلا عوض ، فليس للمستعير إعارة المستعار إلى غيره .

وأما الإجارة : فهي تملك المنفعة بعوض . وللمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه ، أو بغيره مجاناً أو بعوض إذا لم تختلف المنفعة باختلاف المنتفعين ، حتى لو شرط المؤجر على المستأجر الانتفاع بنفسه . فإن اختلف نوع المنفعة كان لا بد من إذن المالك المؤجر .

وأما الوقف : فهو حبس العين عن تملكها لأحد من الناس وصرف منفعتها

(١) يرى الحنفية : أنه لا فرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع ، وهما شيء واحد . فلمنتفع أن ينتفع بنفسه ، أو أن يملك غيره المنفعة ، إلا إذا وجد مانع صريح من قبل مالك العين ، أو وجد مانع يقتضيه العرف والعادة ، فن وقف داره لسكنى الطلاب الغرباء كان للطالب حق السكنى فقط ، وحق الانتفاع بالمرافق العامة كالمدارس والجامعات والمشافي مقيد بالمنتفع فقط ، وليس له تملك غيره . وهذا الرأي هو المعمول به قانوناً . وقال المالكية : هناك فرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع . فلك المنفعة اختصاص يكسب صاحبه أن ينتفع بنفسه ، وأن يملكها لغيره بعوض أو بغير عوض . وأما حق الانتفاع : فهو مجرد رخصة بالانتفاع الشخصي بناء على إذن عام كحق الانتفاع بالمنافع العامة كالطرق والأنهار والمدارس والمصحات وغيرها ، أو إذن خاص كحق الانتفاع بملك شخص أذن له به ، كركوب سيارته ، والمبيت في منزله ، وقراءة كتبه ونحو ذلك . فليس للمنتفع أن يملك المنفعة لغيره ، فتملك الانتفاع : هو أن يباشر المنتفع بنفسه ، وتملك المنفعة أم وأشمل ، فيباشر بنفسه ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة ، وبغير عوض كالإعارة (راجع الفروق للقرافي : ١ / ١٨٧ ، الفرق ٣٠) .

إلى الموقوف عليه . فالوقف يفيد تمليك المنفعة للموقوف عليه ، وله استيفاء المنفعة بنفسه ، أو بغيره إن أجاز له الواقف الاستثمار ، فإن نص على عدم الاستغلال أو منعه العرف من ذلك ، فليس له الاستغلال .

وأما الوصية بالمنفعة : فهي تفيد ملك المنفعة فقط في الموصى به ، وله استيفاء المنفعة بنفسه ، أو بغيره بعوض أو بغير عوض إن أجاز له الموصي الاستغلال .

وأما الإباحة : فهي الإذن باستهلاك الشيء أو باستعماله ، كالإذن بتناول الطعام أو الثار ، والإذن العام بالانتفاع بالمنافع العامة كالرور في الطرقات والجلوس في الحدائق ودخول المدارس والمشافي . والإذن الخاص باستعمال ملك شخص معين كركوب سيارته ، أو السكن في داره .

وسواء أكانت الإباحة مفيدة ملك الانتفاع بالشيء بالفعل أو بإحرازه كما يرى الحنفية ، أو مجرد الانتفاع الشخصي كما يرى المالكية ، فإن الفقهاء متفقون على أنه ليس للمنتفع إنابة غيره في الانتفاع بالمباح له ، لا بالإعارة ولا بالإباحة لغيره .

والفرق بين الإباحة والملك :

هو أن الملك يكسب صاحبه حق التصرف في الشيء المملوك ما لم يوجد مانع . أما الإباحة : فهي حق الإنسان بأن ينتفع بنفسه بشيء بموجب إذن . والإذن قد يكون من المالك كركوب سيارته ، أو من الشرع كالانتفاع بالمرافق العامة ، من طرقات وأنهار ومراعي ونحو ذلك .

فالمباح له الشيء لا يملكه ولا يملك منفعته ، بعكس المملوك .

خصائص حق المنفعة أو الانتفاع الشخصي :

يتميز الملك الناقص أو حق المنفعة الشخصي بخصائص أهمها ما يأتي :

١ - يقبل الملك الناقص التقييد بالزمان والمكان والصفة عند انشائه ، بعكس

المالك التام ، فيجوز لمن يعير سيارته لغيره أو يوصي بمنفعة داره أن يقيد المنتفع بمدة معينة كشهر مثلاً ، ويمكن معين كالركوب في المدينة لا في الصحراء ، وأن يركبها بنفسه لا بغيره .

٣- عدم قبول التوارث عند الحنفية خلافاً لجمهور الفقهاء غيرهم : فلا تورث المنفعة عند الحنفية ؛ لأن الإرث يكون للمال الموجود عند الموت ، والمنافع لا تعد مالاً عندهم كما بينا .

أما عند غير الحنفية فتورث المنافع في المدة الباقية ؛ لأن المنافع عندهم أموال كما أوضحنا ، فتورث كغيرها من الأموال ، فمن أوصى لغيره بسكنى داره مدة معلومة ، ثم مات قبل انتهاء هذه المدة ، فلورثته الحق بسكنى الدار إلى نهاية المدة .

٣- لصاحب حق المنفعة تسلم العين المنتفع بها ولو جبراً عن مالكيها . ومتى تسلمها تكون أمانة في يده ، فيحافظ عليها كما يحافظ على ملكه الخاص ، وإذا هلكت أو تعيبت لا يضمنها إلا بالتعدي أو بالتقصير في حفظها . وما عدا ذلك لا ضمان عليه .

٤- على المنتفع ما تحتاجه العين من نفقات إذا كان انتفاعه بها مجاناً ، كما في الإعارة ، فإن كان الانتفاع بعوض كما في الإجارة فعلى مالك العين نفقاتها .

٥- على المنتفع بعد استيفاء منفعته تسليم العين إلى مالكيها متى طلبها إلا إذا تضرر المنتفع . كما إذا لم يحن وقت حصاد الزرع في أرض مستأجرة أو مستعارة ، فله إبقاء الأرض بيده حتى موسم الحصاد ، ولكن بشرط دفع أجر المثل .

انتهاء حق المنفعة :

حق المنفعة حق مؤقت كما عرفنا ، فينتهي بأحد الأمور التالية :

١- انتهاء مدة الانتفاع المحددة .

٢- هلاك العين المنتفع بها أو تعيبها بعيب لا يمكن معه استيفاء المنفعة ، كأنهدام دار السكنى أو صيرورة أرض الزراعة سبخة أو مالحة . فإن حصل ذلك بتعدي مالك العين ضمن عيناً أخرى ، كالموصي بركوب سيارة ثم عطّلها ، فعليه تقديم سيارة أخرى .

٣- وفاة المنتفع عند الحنفية ؛ لأن المنافع لا تورث عندهم .

٤- وفاة مالك العين إذا كانت المنفعة من طريق الإعارة أو الإجارة ؛ لأن الإعارة عقد تبرع ، وهو ينتهي بموت المتبرع ، ولأن ملكية المأجور تنتقل إلى ورثة المؤجر .

وهذا عند الحنفية ، وقال الشافعية والحنابلة : الإعارة عقد غير لازم ، فيجوز للمعير أو لورثته الرجوع عنها ، سواء أكانت مطلقة أم مؤقتة . وقال المالكية : الإعارة المؤقتة عقد لازم ، فن أعار دابة إلى موضع كذا ، لم يجز له أخذها قبل ذلك ، وإلا لزمه إبقاؤها قدر ما ينتفع بالمستعار الانتفاع المعتاد . وبذلك يتبين أن الجمهور يقولون : إن الإعارة لا تنتهي بموت المعير أو المستعير ، وكذلك الإجارة لا تنتهي بموت أحد العاقدين ؛ لأنها عقد لازم كالبيع .

أما إذا كانت المنفعة من طريق الوصية أو الوقف ، فلا ينتهي حق المنفعة بموت الوصي ؛ لأن الوصية تبدأ بعد موته ، ولا بموت الواقف ؛ لأن الوقف إما مؤبد ، أو مؤقت فيتقيد بانتهاء مدته .

٣- ملك المنفعة العيني أو حق الارتفاق :

حق الارتفاق : هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر ، مملوك لغير مالك العقار الأول . وهو حق دائم يبقى ما بقي العقاران دون نظر إلى المالك . مثل حق الشرب ، وحق المجرى ، وحق المسيل ، وحق المرور ، وحق الجوار ، وحق العلو .

أما حق الشرب : فهو النصيب المستحق من الماء لسقي الزرع والشجر ، أو نوبة الانتفاع بالماء لمدة معينة لسقي الأرض .

ويلحق به حق الشفة : وهو حق شرب الإنسان والدواب والاستعمال المنزلي .
وسمي بذلك لأن الشرب يكون عادة بالشفة .

والماء بالنسبة لهذا الحق أربعة أنواع^(١) :

أ- ماء الأنهار العامة كالنيل ودجلة والفرات ونحوها من الأنهار العظيمة : لكل واحد الانتفاع به ، لنفسه ودوابه وأراضيه ، بشرط عدم الإضرار بالغير ، لحديث : « الناس شركاء في ثلاث : الماء والكلا والنار » وحديث « لا ضرر ولا ضرار » .

ب- ماء الجداول والأنهار الخاصة ، المملوكة لشخص : لكل إنسان حق الشفة منه ، لنفسه ودوابه ، وليس لغير مالكة سقي أراضيه إلا بإذن مالك المجرى .

ج- ماء العيون والآبار والحياض ونحوها المملوكة لشخص : يثبت فيها كالنوع الثاني حق الشفة دون حق الشرب . فإن أبي صاحب الماء ، ومنع الناس من الاستقاء لأنفسهم ودوابهم ، كان لهم قتاله حتى ينالوا حاجتهم ، إذا لم يجدوا ماءً قريباً آخر .

د- الماء المحرز في أوان خاصة : كالجرار والصحاريج ، لا يثبت لأحد حق الانتفاع به بأي وجه إلا برضا صاحب الماء ؛ لأن الرسول عليه السلام نهى عن بيع الماء إلا ما حمل منه . لكن المضطر إلى هذا الماء الذي يخاف على نفسه الهلاك من العطش ، له أخذ ما يحتاجه منه ، ولو بالقوة ليدفع عن نفسه الهلاك ، ولكن مع دفع قيمته ، لأن « الاضطرار لا يبطل حق الغير » .

(١) البدائع ١٨٨ / ٦ وما بعدها ، تكتلة فتح القدير : ١٤٤ / ٨ ، القوانين الفقهية : ص ٢٣٩ ، نهاية المحتاج : ٢٥٥ / ٤ ،

المغني : ٥٣١ / ٥ .

و حق المجرى : هو حق صاحب الأرض البعيدة عن مجرى الماء في إجرائه من ملك جاره إلى أرضه لسقيها . وليس للجار أن يمنع مرور الماء لأرض جاره ، وإلا كان له إجراؤه جبراً عنه ، دفعاً للضرر عنه .

و حق المسيل : هو مجرى على سطح الأرض ، أو أنابيب تنشأ لتصريف المياه الزائدة عن الحاجة ، أو غير الصالحة حتى تصل إلى مصرف عام أو مستودع ، كمصارف الأراضي الزراعية أو مياه الأمطار أو الماء المستعمل في المنازل . والفرق بين المسيل والمجرى : أن المجرى جلب المياه الصالحة للأرض ، والمسيل لصرف الماء غير الصالح عن الأرض أو عن الدار . وحكمه مثل حق المجرى ، ليس لأحد منعه إلا إذا حدث ضرر بين .

و حق المرور : هو حق صاحب عقار داخلي بالوصول إلى عقاره من طريق يرفيه سواء أكان الطريق عاماً غير مملوك لأحد ، أم خاصاً مملوكاً للغير . فالطريق العام يحق لكل إنسان المرور فيه . والطريق الخاص : يحق لأصحابه المرور فيه وفتح الأبواب والنوافذ عليه ، وليس لهم سده أمام العامة للالتجاء إليه .

و حق الجوار : الجوار نوعان : علوي وجانبي ، وفيه حقان :

أ - حق التعلي : وهو الثابت لصاحب العلو على صاحب السفلى .

ب - حق الجوار الجانبي : وهو الثابت لكل من الجارين على الآخر .

ولصاحب حق التعلي حق القرار على الطبقة السفلى ، وهو حق ثابت دائماً لصاحب العلو ، لا يزول بهدم العقار كله أو انهدام السفلى ، وله ولورثته إعادة بنائه حين يريد ، وليس لصاحب العلو أو السفلى أن يتصرف في بنائه تصرفاً يضر بالآخر ، وإذا انهدم السفلى وجب على صاحبه إعادة بنائه ، فإن امتنع أجبر على ذلك قضاء ، فإن رفض كان لصاحب العلو البناء ويرجع على الآخر بالنفقات ، إذا بني بإذن

القاضي أو إذن صاحب السفلى ، فإن بني من غير إذن رجح بقية البناء وقت تمامه ، لا بما أنفق ؛ لأنه لم يكن وكيلاً بالإتفاق .

وليس لصاحب الجوار الجانبى إلا حق واحد وهو ألا يضر أحدهما بصاحبه ضرراً فاحشاً بيناً : وهو كل ما يمنع المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى ، أو يكون سبباً لهدم البناء أو وهن فيه .

فالضرر في كل أنواع الجوار ممنوع ، أما التصرفات التي يشكل أمرها في الجوار العلوي فلا يعلم أيحصل منها ضرر أم لا ، كفتح باب أو نافذة في الطابق الأسفل ، أو وضع متاع ثقيل في الطابق الأعلى قد يؤثر في السقف ، فهذه مختلف في منعها^(١) . فقال أبو حنيفة : يمنع هذا التصرف إلا بإذن الجار ؛ لأن الأصل في تصرفات المالك في ملكه ، التي تتعلق بها حق الغير هو المنع والحظر ، لأن ملكه ليس خالصاً ، فلا يباح له إلا ما يتيقن فيه عدم الضرر ، ويتوقف ماعده على إذن صاحب الحق ورضاه . وهذا الرأي هو المفتى به عند الحنفية .

وقال الصحابان : الأصل في ذلك الإباحة ؛ لأن صاحب العلو تصرف في ملكه ، والمالك حر التصرف في ملكه ما لم يكن فيه ضرر لغيره بيقين ، فيمنع منه حينئذ ، ويبقى ماعده على الإباحة ، وهذا الرأي في تقديره هو المعقول الواجب الاتباع . فيصبح حكم الجوار الجانبى والعلوي واحداً ، وهو إباحة التصرف في الملك ما لم يترتب على ذلك ضرر فاحش بالجار ، فإن وقع الضرر ، وجب على المتعدي ضمانه ، سواء أكان الضرر مباشراً أم بالتسبب . وهو رأي المالكية وباقي المذاهب أيضاً^(٢) .

(١) فتح القدير : ٥٠٢/٥ ، رد المختار على الدر المختار لابن عابدين : ٣٧٢/٤ ، ط الباي الحلبي ، البدائع : ٣٦٤/٦ ،

البحر الرائق : ٣٢٧/٧ ، تبين الحقائق للزليعي : ١٩٦/٤ .

(٢) المنتقى على الموطأ : ٤٠/٦ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٣٤١ ، نيل الأوطار : ٢٦١/٥ ، ط العثمانية .

أمور ثلاثة متعلقة بحقوق الارتفاق :

الأول - الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي :

يفترق حق الارتفاق عن حق الانتفاع من نواح تالية :

- ١ - حق الارتفاق يكون دائماً مقررراً على عقار، فتنقص به قيمة العقار المقرر عليه، أما حق الانتفاع الشخصي فقد يتعلق بعقار كوقف العقار أو الوصية به أو إجارته أو إعارته . وقد يتعلق بمنقول كإعارة الكتاب وإجارة السيارة .
- ٢ - حق الارتفاق مقرر لعقار إلا حق الجوار فقد يكون لشخص أو لعقار . أما حق الانتفاع فإنه دائماً مقرر لشخص معين باسمه أو بوصفه .
- ٣ - حق الارتفاق حق دائم يتبع العقار وإن تعدد الملاك . وحق الانتفاع الشخصي مؤقت ينتهي بأحوال معينة كما تقدم .
- ٤ - حق الارتفاق يورث حتى عند الحنفية الذين لا يعدونه مالاً؛ لأنه تابع للعقار . وأما حق الانتفاع فمختلف في إرثه بين الفقهاء كما بينا .

الثاني - خصائص حقوق الارتفاق

لحقوق الارتفاق أحكام عامة وخاصة .

فأحكامها العامة أنها إذا ثبتت تبقى مالم يترتب على بقائها ضرر بالغير، فإن ترتب عليها ضرر أو أذى وجب إزالتها، فيزال المسيل القدر في الطريق العام، ويمنع حق الشرب إذا أضر بالمنتفعين، ويمنع سير السيارة في الشارع العام إذا ترتب عليها ضرر كالسير بالسرعة الفائقة، أو في الاتجاه المعاكس، عملاً بالحديث النبوي المتقدم « لا ضرر ولا ضرار » ولأن المرور في الطريق العام مقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه^(١) .

(١) الدر المختار ورد المختار : ٤٢٧/٥ .

وأما الأحكام الخاصة فسندكرها في بحث حقوق الارتفاق المخصص لكل نوع منها .

الثالث - أسباب حقوق الارتفاق :

تنشأ حقوق الارتفاق بأسباب متعددة منها :

١ - الاشتراك العام : كالمرافق العامة من طرقات وأنهار ومصارف عامة ، يثبت الحق فيها لكل عقار قريب منها ، بالمرور والسقي وصرف المياه الزائدة عن الحاجة ، لأن هذه المنافع شركة بين الناس يباح لهم الانتفاع بها ، بشرط عدم الإضرار بالآخرين .

٢ - الاشتراط في العقود : كاشتراط البائع على المشتري أن يكون له حق مرور بها ، أو حق شرب لأرض أخرى مملوكة له ، فيثبت هذان الحقان بهذا الشرط .

٣ - التقادم : أن يثبت حق ارتفاق لعقار من زمن قديم لا يعلم الناس وقت ثبوته ، كإرث أرض زراعية لها حق المجرى أو المسيل على أرض أخرى ؛ لأن الظاهر أنه ثبت بسبب مشروع حملاً لأحوال الناس على الصلاح ، حتى يثبت العكس .

المطلب الخامس - أسباب الملك التام :

إن أسباب أو مصادر الملكية التامة في الشريعة أربعة هي :

الاستيلاء على المباح ، والعقود ، والخلفية ، والتولد من الشيء المملوك . وفي القانون المدني هي ستة : الاستيلاء على مالمس له مالك من منقول أو عقار ، والميراث وتصفية التركة ، والوصية ، والالتصاق بالعقار أو بالمنقول ، والعقد ، والحيازة والتقادم^(١) .

(١) راجع الفصل الثاني من حق الملكية - أسباب كسب الملكية : م ٨٢٨ ، ٨٣٦ ، ٨٧٦ ، ٨٧٩ ، ٨٩٤ ، ٩٠٧ وما بعدها من القانون المدني السوري .

وهذه الأسباب تتفق مع الأسباب الشرعية^(١) ماعدا الحيازة والتقادم (وضع اليد على مال مملوك للغير مدة طويلة) ، فإن الإسلام لا يقر التقادم المكسب على أنه سبب للملكية ، وإنما هو مجرد مانع من سماع الدعوى بالحق الذي مضى عليه زمن معين^(٢) ، توفيراً لوقت القضاة ، وتجنباً لما يثار من مشكلات الإثبات ، وللشك في أصل الحق . أما أصل الحق فيجب الاعتراف به لصاحبه وإيفاؤه له ديانة . فمن وضع يده على مال مملوك لغيره لا يملكه شرعاً بحال .

كذلك لا يقر الإسلام مبدأ التقادم المسقط على أنه مسقط للحق بترك المطالبة به مدة طويلة ، فاكسباب الحقوق وسقوطها بالتقادم حكم ينافي العدالة والخلق ، ويكفي في ذلك أن يصير الغاصب أو السارق مالكاً ، إلا أن الإمام مالك في المدونة خلافاً لمعظم أصحابه يرى إسقاط الملكية بالحيازة ، كما يرى تملك الشيء بالحيازة ، ولكنه لم يحدد مدة للحيازة ، وترك تحديدها للحاكم ، ويمكن تحديدها عملاً بمحدث مرسل رواه سعيد بن المسيب مرفوعاً إلى النبي ﷺ عن زيد بن أسلم : « من حاز شيئاً على خصمه عشرين سنين ، فهو أحق به منه »^(٣) .

١ - الاستيلاء على المباح :

المباح : هو المال الذي لم يدخل في ملك شخص معين ، ولم يوجد مانع شرعي من تملكه كالماء في منبعه ، والكلا والحطب والشجر في البراري ، وصيد البر والبحر . ويتبين هذا النوع بما يأتي :

- (١) يلاحظ أن المادة (١٢٤٨) من المجلة اقتضت على الأسباب الثلاثة الأولى للتملك . ولكن من الضروري إضافة سبب رابع وهو التولد من المملوك إذ هو سبب مستقل عن تلك الأسباب .
- (٢) حده الفقهاء بـ ٣٣ سنة ، وحددته المجلة (م ١٦٦١ ، ١٦٦٢) في الحقوق الخاصة بـ ١٥ سنة وفي الأراضي الأميرية بـ ١٠ سنوات ، وفي الأوقاف وأموال بيت المال بـ ٣٦ سنة .
- (٣) انظر بحث الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي للدكتور محمد عبد الجواد : ص ١٨-٥٠ وما بعدها ، ٦٠ ، ١٠٨ ، ١٥٠ وما بعدها ، ومراجعته مثل المدونة : ٢٣/١٣ ، وتبصرة الحكام على هامش فتح العلي المالك : ٢٦٢/٢ وما بعدها .

أ - أنه سبب منشيء للملكية على شيء لم يكن مملوكاً لأحد . أما بقية أسباب الملكية الأخرى (العقد ، الميراث ونحوها) فإن الملكية الحادثة مسبوقه بملكية أخرى .

ب - أنه سبب فعلي لا قولي : يتحقق بالفعل أو وضع اليد ، فيصح من كل شخص ولو كان ناقص الأهلية كالصبي والمجنون والمجور عليه . أما العقد فقد لا يصح من هؤلاء أو يكون موقوفاً على إرادة أخرى ، وهو سبب قولي .
ويشترط للملك بهذا الطريق أي إحراز المباح شرطان :

أولها - ألا يسبق إلى إحرازه شخص آخر ، لأن « من سبق إلى مالم يسبقه إليه مسلم فهو له » كما قال النبي عليه السلام .

ثانيها - قصد التملك : فلو دخل الشيء في ملك إنسان دون قصد منه لا يملكه ، كما إذا وقع طائر في حجر إنسان ، لا يملكه . ومن نشر شبكته ، فإن كان للاصطياد تملك ما يقع فيها ، وإن كان للتجفيف لم يملك ما يقع فيها ؛ لأن « الأمور بمقاصدها » .

والاستيلاء على المباح له أنواع أربعة :

أولاً - إحياء الموات : أي استصلاح الأراضي البور . والموات : مالم يملك مملوكاً من الأرضين : ولا ينتفع بها بأي وجه انتفاع ، وتكون خارجة عن البلد . فلا يكون مواتاً : ما كان ملكاً لأحد الناس ، أو ما كان داخل البلد ، أو خارجاً عنها ، ولكنه مرفق لها كاحتطاب لأهلها أو مرعى لأنعامهم .

والإحياء يفيد الملك لقول النبي ﷺ : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » سواء كان الإحياء بإذن الحاكم أم لا عند جمهور الفقهاء . وقال أبو حنيفة ومالك : لا بد من إذن الحاكم . وإحياء الأرض الموات يكون يجعلها صالحة للانتفاع بها كالبناء والغرس

والزراعة والحرق وحفر البئر. وعمل مستصلح الأرض لإحيائها يسمى فقهاً « التحجير » وقد حدد بثلاث سنين ، قال عمر « ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق » .

ثانياً - الاصطياد : الصيد : هو وضع اليد على شيء مباح غير مملوك لأحد . ويتم إما بالاستيلاء الفعلي على المصيد ، أو بالاستيلاء الحكمي : وهو اتخاذ فعل يعجز الطير أو الحيوان أو السمك عن الفرار ، كاتخاذ الحياض لصيد الأسماك ، أو الشباك ، أو الحيوانات المدربة على الصيد كالكلاب والفهود والجوارح المعلمة^(١) .

والصيد حلال للإنسان إلا إذا كان محرماً بالحج أو العمرة ، أو كان المصيد في حرم مكة المكرمة أو المدينة المنورة ، قال تعالى : ﴿ أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة ، وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً ﴾ .

والصيد من أسباب الملكية ، لكن يشترط في الاستيلاء الحكمي لا الاستيلاء الحقيقي قصد التملك عملاً بقاعدة « الأمور بمقاصدها » . فمن نصب شبكة فتعلق بها صيد ، فإن كان قد نصبها للجفاف ، فالصيد لمن سبقت يده إليه ، لأن نيته لم تتجه إليه . وإن كان قد نصبها للصيد ، ملكه صاحبها ، وإن أخذه غيره كان متعدياً غاصباً . ولو أفرخ طائر في أرض إنسان كان لمن سبقت إليه يده إلا إذا كان صاحب الأرض هيأها لذلك .

وإذا دخل طائر في دار إنسان ، فأغلق صاحبها الباب لأخذه ، ملكه وإن أغلقه صدفة ، لم يملكه . وهكذا لو وقع الصيد في حفرة أو ساقية ، المعول في تملكه على نية صيده ، وإلا فلمن سبقت إليه يده .

(١) قال تعالى : ﴿ يسألونك ماذا أحل لهم ، قل : أحل لكم الطيبات ، وما علمتم من الجوارح مكلبين ، تعلمونهن مما علمكم الله ، فكلوا مما أمسكن عليكم ، واذكروا اسم الله عليه ، واتقوا الله ، إن الله سريع الحساب ﴾ (المائدة / ٤) .

ثالثاً - الاستيلاء على الكلاً والآجام :

الكلاً : هو الحشيش الذي ينبت في الأرض بغير زرع ، لرعي البهائم .

والآجام : الأشجار الكثيفة في الغابات أو الأرض غير المملوكة .

وحكم الكلاً : ألا يملك ، وإن نبت في أرض مملوكة ، بل هو مباح للناس جميعاً ، لهم أخذه ورعيه ، وليس لصاحب الأرض منعهم من ذلك ؛ لأنه باق على الإباحة الأصلية ، وهو الراجح في المذاهب الأربعة ، لعموم حديث : « الناس شركاء في ثلاثة : الماء والكلاً والنار »^(١) .

وأما الآجام فهي من الأموال المباحة إن كانت في أرض غير مملوكة . فلكل واحد حق الاستيلاء عليها ، وأخذ ما يحتاجه منها ، وليس لأحد منع الناس منها ، وإذا استولى شخص على شيء منها وأحرزه صار ملكاً له . لكن للدولة تقييد المباح بمنع قطع الأشجار ، رعاية للمصلحة العامة ، وإبقاء على الثروة الشجرية المفيدة .

أما إن كانت في أرض مملوكة فلا تكون مالاً مباحاً ، بل هي ملك لصاحب الأرض ، فليس لأحد أن يأخذ منها شيئاً إلا بإذنه ؛ لأن الأرض تقصد لآجامها ، بخلاف الكلاً ، لا تقصد الأرض لما فيها من الكلاً .

رابعاً - الاستيلاء على المعادن والكنوز :

المعادن : ما يوجد في باطن الأرض من أصل الخلق والطبيعة ، كالذهب والفضة والنحاس والحديد والرصاص ونحوها .

والكنز : مادفته الناس وأودعوه في باطن الأرض من الأموال ، سواء في الجاهلية أو في الإسلام .

(١) البدائع : ١٩٢/٦ وما بعدها ، م ١٢٥٧ من المجلة .

والمعدن والكنز يشملها عند الحنفية كلمة « الرزاز » وهو ماركز في باطن الأرض ، سواء أكان بخلق الله كفلزات الحديد والنحاس وغيرها ، أم كان بصنع الناس كالأموال التي يدفنها الناس فيها . وحكمها واحد في الحديث النبوي : « وفي الرزاز الخمس »^(١) .

وقال المالكية والشافعية : الرزاز : دفين الجاهلية . والمعدن : دفين أهل الإسلام .

حكم المعادن :

اختلف الفقهاء في تملك المعادن بالاستيلاء عليها ، وفي إيجاب حق فيها للدولة إذا وجدت في أرض ليست مملوكة .
أما تملك المعادن فللفقهاء فيه رأيان :

قال المالكية في أشهر أقوالهم^(٢) : جميع أنواع المعادن لا تملك بالاستيلاء عليها ، كما لا تملك تبعاً للملكية الأرض ، بل هي للدولة يتصرف فيها الحاكم حسبما تقضي المصلحة ؛ لأن الأرض مملوكة بالفتح الإسلامي للدولة ، ولأن هذا الحكم مما تدعو إليه المصلحة .

وقال الحنفية والشافعية والحنابلة في أرجح الروايتين عندهم^(٣) : المعادن تملك بملك الأرض ؛ لأن الأرض إذا ملكت ملكت بجميع أجزائها ، فإن كانت مملوكة لشخص كانت ملكاً له ، وإن كانت في أرض للدولة فهي للدولة ، وإن كانت في أرض غير مملوكة فهي للواجد ؛ لأنها مباحة تبعاً للأرض .

(١) رواه الجماعة عن أبي هريرة (نيل الأوطار : ١٤٧/٤) .

(٢) القوانين الفقهية : ص ١٠٢ ، الشرح الكبير مع الدسوقي : ٤٨٦/١ وما بعدها .

(٣) الدر المختار ورد المختار : ٦١/١ وما بعدها ، المهذب : ١٦٢/١ ، المغني ٢٨٣/٢

وأما حق الدولة في المعادن ففيه رأيان أيضاً :

قال الحنفية : في المعادن الخمس ؛ لأن الركاكز عندهم يشمل المعادن والكنوز بمقتضى اللغة ، والباقي للواجد نفسه . وذلك في المعادن الصلبة القابلة للطرق والسحب كالذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص . أما المعادن الصلبة التي لا تقبل الطرق والسحب كالماس والياقوت والفحم الحجري ، والمعادن السائلة كالزئبق والنفط ، فلا يجب فيها شيء للدولة ؛ لأن الأولى تشبه الحجر والتراب ، والثانية تشبه الماء ، ولا يجب في ذلك شيء للدولة .

وقال غير الحنفية : لا يجب في المعادن شيء للدولة ، لا الخمس وغيره ، وإنما يجب فيها الزكاة ، لقول النبي ﷺ : « العجماء جبار ، والبئر جبار ، والمعدن جبار ، وفي الركاكز الخمس » فأوجب الخمس في الركاكز : وهو دفين أهل الجاهلية ، ولم يوجب في المعدن شيئاً ؛ لأن « الجبار » معناه : لا شيء فيه . وإيجاب الزكاة عندهم هو بعموم أدلة الزكاة .

حكم الكنز :

وأما الكنز فهو ما دفنه الناس ، سواء في الجاهلية أم في الإسلام . فهو نوعان : إسلامي وجاهلي :

فالإسلامي : ما وجد به علامة أو كتابة تدل على أنه دفن بعد ظهور الإسلام مثل كلمة الشهادة أو المصحف ، أو آية قرآنية أو اسم خليفة مسلم .

والجاهلي : ما وجد عليه كتابة أو علامة تدل على أنه دفن قبل الإسلام كنقش صورة صنم أو وثن ، أو اسم ملك جاهلي ونحو ذلك .

والمشبه فيه : وهو ما لم يتبين بالدليل أنه إسلامي أو جاهلي ، قال فيه متقدمو الحنفية : إنه جاهلي . وقال متأخروهم : إنه إسلامي لتقدم العهد . وإن وجد كنز

مختلط فيه علامات الإسلام والجاهلية فهو إسلامي ؛ لأن الظاهر أنه ملك مسلم ، ولم يعلم زوال ملكه .

والكنز الإسلامي : يبقى على ملك صاحبه ، فلا يملكه واجده ، بل يعد كاللقطة ، فيجب تعريفه والإعلان عنه . فإن وجد صاحبه سلم إليه وإلا تصدق به على الفقراء ، ويحل للفقير الانتفاع به . هذا رأي الحنفية^(١) .

وأجاز المالكية والشافعية والحنابلة^(٢) تملكه والانتفاع به ، ولكن إن ظهر صاحبه بعدئذ وجب ضمانه .

وأما الكنز الجاهلي : فاتفق أئمة المذاهب على أن خمسه لبيت المال (خزانة الدولة) وأما باقيه وهو الأربعة الأخماس ففيها اختلاف : فقيل : إنها للواجد مطلقاً سواء وجدها في أرض مملوكة أم لا . وقيل : إنها للواجد في أرض غير مملوكة أو في أرض ملكها بالإحياء . فإن كان في أرض مملوكة فهي لأول مالك لها أو لورثته إن عرفوا ، وإلا فهي لبيت المال .

هذا وقد خصص القانون المدني السوري (م ٨٣٠) ثلاثة أخماس الكنز للمالك العقار الذي وجد فيه الكنز ، وخمسه لمكتشفه ، والخمس الأخير لخزينة الدولة .

٢ - العقود الناقلة للملكية :

العقود كالبيع والهبة والوصية ونحوها من أهم مصادر الملكية وأعمها وأكثرها وقوعاً في الحياة المدنية ؛ لأنها تمثل النشاط الاقتصادي الذي يحقق حاجات الناس من طريق التعامل . أما الأسباب الأخرى للملكية فهي قليلة الوقوع في الحياة .

(١) فتح القدير : ٣٠٧/٣ ، البدائع : ٢٠٢/٦ ، المسوط : ٤/١١ وما بعدها ، الدر المختار : ٣٥١/٣ .
(٢) بداية المجتهد : ٣٠١/٢ ، الشرح الكبير مع الدسوقي : ١٢١/٤ ، المهذب : ٤٣٠/١ ، مغني المحتاج : ٤١٥/٢ ، المغني : ٦٣٦/٥ .

ويدخل في العقود التي هي سبب مباشر للملكية حالتان^(١) :

الأولى : العقود الجبرية التي تجرئها السلطة القضائية مباشرة، بالنيابة عن المالك الحقيقي، كبيع مال المدين جبراً عنه لوفاء ديونه، وبيع الأموال المحتكرة. فالمتلك يملك عن طريق عقد بيع صريح بإرادة القضاء .

الثانية : نزع الملكية الجبري : وله صورتان :

أ - الشفعة : وهي عند الحنفية حق الشريك أو الجار الملاصق بتملك العقار المبيع جبراً على مشتريه بما بذل من ثمن ونفقات . وقصرها الجمهور على الشريك .

ب - الاستلاك للصالح العام : وهو استلاك الأرض بسعرها العادل جبراً عن صاحبها للضرورة أو المصلحة العامة ، كتوسيع مسجد ، أو طريق ونحو ذلك .

والمتملك من هذا الطريق يملك بناء على عقد شراء جبري مقدر بإرادة السلطة . وعلى هذا فالعقد المسبب للملكية إما أن يكون رضائياً أو جبرياً ، والجبري : إما صريح كما في بيع مال المدين ، أو مفترض كما في الشفعة ونزع الملكية .

٣ - الخلفية :

وهي أن يخلف شخص غيره فيما كان يملكه ، أو يحل شيء محل شيء آخر ، فهي نوعان : خلفية شخص عن شخص وهي الإرث . وخلفية شيء عن شيء وهي التضمين .

والإرث سبب جبري للملك يتلقى به الوارث بحكم الشرع ما يتركه المورث من أموال التركة .

والتضمين : هو إيجاب الضمان أو التعويض على من أتلف شيئاً لغيره ، أو غصب

(١) المدخل الفقهي العام للأستاذ الزرقاء : ف١٠٥ .

منه شيئاً فهلك أو فقد ، أو ألحق ضرراً بغيره مجناية أو تسبب . ويدخل فيه الدييات وأروش الجنايات أي الأعياض المالية المقدرة شرعاً الواجبة على الجاني في الجراحات .

٤ - التولد من المملوك :

معناه أن ما يتولد من شيء مملوك يكون مملوكاً لصاحب الأصل ؛ لأن مالك الأصل هو مالك الفرع ، سواء أكان ذلك بفعل مالك الأصل ، أم بالطبيعة والخلقة . فغاصب الأرض الذي زرعها يملك الزرع عند الجمهور غير الحنابلة ؛ لأنه نماء البذر وهو ملكه ، وعليه كراء الأرض ، ويضمن لصاحب الأرض نقصانها بسبب الزرع . وثمره الشجر وولد الحيوان وصوف الغنم ولبنها لمالك الأصل .

وقال الحنابلة : الزرع لمالك الأرض ، لقوله ﷺ : « من زرع في أرض قوم بغير إذنهم ، فليس له من الزرع شيء ، وله نفقته »^(١) .

(١) رواه الخمسة إلا النسائي عن رافع بن خديج ، قال البخاري : هو حديث حسن (نيل الأوطار : ٣١٧٥ وما بعدها) .

الفصل الرابع نظرية العقد

تمهيد وتخطيط للبحث :

التعاقد مع الآخرين وليد الحاجة إلى التعامل ، والتعامل ضرورة اجتماعية قديمة ملازمة لنشوء المجتمعات ، وتخطي مرحلة الانفلاق والانعزال التي كان يعيشها الإنسان البدائي ، فأصبح لا غنى لكل إنسان لكونه مدينياً بالطبع من العيش المشترك مع الجماعة ، لتأمين حاجياته ، ولا يتم ذلك بدون التبادل والتعاون مع الآخرين . وللمبادلات صور متعددة ، تخضع لما يعرف بنظرية العقد ، التي تنظم حركة النشاط الاقتصادي ، وتضبط أصول التعامل ، وحرية التجارة ، وتبادل الأعيان والمنافع ، ولا تخلو الحياة اليومية لكل فرد من إبرام عقد من العقود ، مما يجعل مسيرة الحياة مترعة بالعقود .

وقد وضع فقهاء الإسلام نظاماً على حدة لكل عقد معروف في عصرهم ، ويمكن للباحث أن يستخلص نظرية عامة للعقد من جملة هذه الأنظمة ، وبحوث الفقهاء حول تعريفات العقد ، وأركانه وشروطه ، وأحكامه التي قرروها لكل عقد . وبه يمكن الانتقال من الطابع الاستقرائي والتحليلي للقضايا الفردية الذي سار عليه فقهاؤنا إلى المنهج التركيبي أو النظريات العامة التي يسير عليها الآن فقهاء العصر الحديث في القانون وغيره .

والأصول العامة لنظرية العقد في الفقه الإسلامي تتضح في البحوث السبعة

التالية :

المبحث الأول : تعريف العقد ، والفرق بينه وبين التصرف والالتزام ، والإرادة المنفردة والوعد بالعقد .

المبحث الثاني : تكوين العقد ، وفيه مطالب ثلاثة :

المطلب الأول - ركن العقد

المطلب الثاني - عناصر العقد

١ - صيغة التعاقد (الألفاظ والإشارات والأفعال والكتابة) .

٢ - العاقدان

٣ - المحل المعقود عليه (شروطه وآثارها في العقد) .

٤ - موضوع العقد (أو المقصد الأصلي للعقد) نظرية السبب أو (الباعث على

العقد) - الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة في العقود .

المطلب الثالث - الإرادة العقدية ، ويشتمل على الفروع التالية :

١ - صورية العقد (السكر وما في معناه ، الهزل ، الخطأ ، التلجئة ، الإكراه ،

القصد غير المشروع) .

٢ - سلطان الإرادة العقدية (مدى الحرية في العقود والشروط) .

٣ - عيوب الإرادة أو الرضا .

المبحث الثالث : شروط العقد

المبحث الرابع : آثار العقد (حكم العقد ، النفاذ ، الإلزام واللزوم)

المبحث الخامس : تصنيف العقود (التقسيمات الخمس)

المبحث السادس : الخيارات (خيار المجلس ، الشرط ، العيب ، الرؤية ،

التعيين ، النقد) .

المبحث السابع : انتهاء العقد

ونوضح هذه المباحث وفق الترتيب المذكور:

المبحث الأول - تعريف العقد ، والفرق بينه وبين التصرف والالتزام والإرادة المنفردة :

تعريف العقد :

العقد في لغة العرب : معناه الربط (أو الإحكام والإبرام) بين أطراف الشيء ، سواء أكان ربطاً حسيماً معنوياً ، من جانب واحد ، أو من جانبين . جاء في المصباح المنير وغيره : عقد الحبل ، أو البيع ، أو العهد فانهقد . ويقال : عقد النية والعزم على شيء ، وعقد اليمين ، أي ربط بين الإرادة وتنفيذ ما التزم به . وعقد البيع والزواج والإجارة ، أي ارتبط مع شخص آخر .

وهذا المعنى اللغوي داخل في المعنى الاصطلاحي الفقهي لكلمة العقد . وللعقد عند الفقهاء معنيان : عام وخاص .

أما المعنى العام : الأقرب إلى المعنى اللغوي والشائع عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة^(١) فهو : كل ما عزم المرء على فعله ، سواء صدر بإرادة منفردة كالوقف والإبراء والطلاق واليمين ، أم احتاج إلى إرادتين في إنشائه كالبيع والإيجار والتوكيل والرهن ، أي أن هذا المعنى يتناول الالتزام مطلقاً ، سواء من شخص واحد أو من شخصين ، ويشمل حينئذ ما يسمى في المعنى الضيق أو الخاص عقداً ، كما يشمل ما يسمى تصرفاً أو التزاماً . فالعقد بالمعنى العام ينتظم جميع الالتزامات الشرعية ، وهو بهذا المعنى يرادف كلمة الالتزام .

وأما المعنى الخاص الذي نريده هنا حين الكلام عن نظرية العقد فهو :

(١) انظر نظرية العقد لابن تيمية : ص ٢١-١٨ ، ٧٨ . ومن هذا الرأي أبو بكر الرازي الحصاص في كتابه أحكام القرآن : ٢٩٤/٢ وما بعدها .

ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله^(١) . أو بعبارة أخرى :
تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل^(٢) . وهذا
التعريف هو الغالب الشائع في عبارات الفقهاء .

فإذا قال شخص لآخر : بعتك الكتاب ، فهو الإيجاب ، وقال الآخر : اشتريت ،
فهو القبول ، ومتى ارتبط القبول بالإيجاب ، وكنا صادريين من ذوي أهلية معتبرة
شرعاً ، ثبت أثر البيع في محله (وهو الكتاب هنا) : وهو انتقال ملكية المبيع
للمشتري ، واستحقاق البائع الثمن في ذمة المشتري .

والإيجاب أو القبول : هو الفعل الدال على الرضا بالتعاقد . والتقييد بكونه
« على وجه مشروع » لإخراج الارتباط على وجه غير مشروع ، كالاتفاق على قتل
فلان ، أو إتلاف محصوله الزراعي ، أو سرقة ماله ، أو الزواج بالأقارب المحارم ، فكل
ذلك غير مشروع لا أثر له في محل العقد . والتقييد بكونه « يثبت أثره في محله »
لإخراج الارتباط بين كلامين لا أثر له ، كالاتفاق على بيع كل شريك حصته من دار
أو أرض لصاحبه بالحصصة الأخرى المساوية لها ، فهذا لا فائدة منه ولا أثر له .

والعقد قانوناً يلتقي مع هذا التعريف الثاني عند الفقهاء : وهو « توافق إرادتين
على إحداث أثر قانوني من إنشاء التزام أو نقله ، أو تعديله أو إنهائه »^(٣) فإنشاء
الالتزام كالبيع والإجارة ، ونقله كالحوالة ، وتعديله كتأجيل الدين ، وإنهائه كالإبراء
من الدين ، وفسخ الإجارة قبل أوانها ، فالتعريفان متقاربان .

وهذا التعريف وإن كان واضحاً سهلاً ، إلا أن تعريف الفقهاء في نظر الشرعيين

(١) المادة ١٠٣ ، ١٠٤ من مجلة الأحكام العدلية ، رد المختار لابن عابدين : ٣٥٥/٢ ، ط الأمريكية .

(٢) العناية بهامش فتح القدير : ٧٤/٥ .

(٣) الوسيط للدكتور السنهوري : ص ١٢٨ ، النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحي حجازي : ص ٣٥ وما بعدها .

أدق؛ لأن العقد ليس هو اتفاق الإرادتين ذاته، وإنما هو الارتباط الذي يقره الشرع، فقد يحدث الاتفاق بين الإرادتين، ويكون العقد باطلاً لعدم توافر الشروط المطلوبة شرعاً، فالتعريف القانوني يشمل العقد الباطل.

ثم إن مجرد توافق الإرادتين بدون واسطة للتعبير عنهما من كلام أو إشارة أو فعل لا يدل على وجود العقد، وتظل الإرادة حينئذ أمراً خفياً غير معروف. وبذلك يشمل التعريف القانوني الوعد بالعقد مع أنه ليس بعقد^(١).

والعقد في القانون المدني أحد أنواع الاتفاق، فليس كل اتفاق عقداً، وإنما يتخصص العقد بما يمثل التعارض بين مصلحتين، وبما ينصب على محل وقي يستنفد وينتهي بالتنفيذ مرة واحدة، فالاتفاق على إنشاء منظمة معينة لا يعتبر عقداً، لأنه لا يمثل تعارضاً في المصالح، ولأن محل العقد هو وضع دائم مستمر، وليس وضعاً وقتياً يستنفد مرة واحدة.

أما العقد في الفقه الإسلامي فلا يعرف هذا التخصيص، فالزواج عقد، والإسلام عقد، والذمة عقد، مع أنها نظم دائمة، وقد لا تقوم على تحكيم المصلحة الشخصية، والعقد في الإسلام: هو دائماً انضمام لنظام موجود من قبل، هو النظام النوعي للعقد المبرم الذي وضعه الشرع ليسير عليه الناس. وما على الأفراد إلا التقيد التام بأحكام الشرع التي نظم العقود عليها. والخلاصة: أن العقد في القانون أداة لإدراك مصلحة ذاتية شخصية لكل من المتعاقدين، وأما في الإسلام فهو معد لإدراك مقاصد شرعية عامة.

العقد والالتزام:

الالتزام: هو كل تصرف يتضمن إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنهائه سواء

(١) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف١٣٤، المدخل للأستاذ مصطفى شلي: ص٢١٥.

أكان صادراً من شخص واحد كالوقف والإبراء والطلاق على غير مال ، أم من شخصين كالبيع والإجارة والطلاق على مال .

فالالتزام يرادف كلمة العقد بالمعنى العام الذي ذكرناه ، ويختلف عن كلمة العقد بالمعنى الخاص ، فالعقد مقصور على نوع خاص من الالتزام وهو ما كان صادراً من شخصين كالبيع والإيجار والرهن ونحوه ، والالتزام أعم من ذلك فيشمل ما صدر من شخص واحد كالوقف والنذر واليمين ونحوه ، كما يشمل ما صدر من شخصين أو وجد يارادتين مزدوجتين كالبيع والإجارة .

العقد والتصرف :

التصرف : هو كل ما صدر عن الشخص بإرادته من قول أو فعل ، يرتب عليه الشرع أثراً من الآثار ، سواء أكان في صالح ذلك الشخص أم لا . فيشمل الأقوال الصادرة عن الشخص كالبيع والهبة والوقف والإقرار بحق ، والأفعال كإحراز المباحات والاستهلاك والانتفاع ، سواء أكان القول أو الفعل لصالح الشخص كالبيع والاصطياد ، أم لغير صالحه كالوقف والوصية ، والسرقه والقتل .

وبه يتبين أن التصرف نوعان : فعلي وقولي .

أما التصرف الفعلي : فهو الواقعة المادية الصادرة عن الشخص كالغصب والإتلاف وقبض الدين وتسلم المبيع .

أما التصرف القولي فهو نوعان : عقدي وغير عقدي . أما العقدي فهو اتفاق إرادتين كالشركة والبيع ، وغير العقدي قد يكون مجرد إخبار بحق كالدعوى والإقرار ، وقد يقصد به إنشاء حق أو إنهاؤه كالوقف والطلاق والإبراء .

وعلى هذا فإن التصرف أعم من العقد والالتزام إذ أنه يشمل الأقوال والأفعال ، وينتظم الالتزام وغير الالتزام ، وقد يكون التصرف القولي غير داخل في معنى العقد ولو بمعناه الواسع أو العام كالدعوى والإقرار .

والخلاصة : أن التصرف أعم من العقد والالتزام . والعقد بالمعنى العام والالتزام مترادفان متساويان ، والالتزام أعم من العقد بالمعنى الخاص ، والعقد بمعناه الخاص نوع من الالتزام ، وأخص من كلمة تصرف . فكل عقد هو تصرف ، وليس كل تصرف عقداً .

العقد والإرادة المنفردة :

قد تستقل الإرادة الواحدة بإنشاء التزام ، كما قد تنشئ أحياناً عقداً من العقود في أحوال استثنائية ، عملاً بالنزعة الموضوعية للالتزام أو بالمذهب المادي الذي نلاحظه في الفقه الإسلامي ، والذي يعد الالتزام فيه علاقة مالية أكثر منه علاقة شخصية بين طرفين : دائن ومدين .

والالتزام بإرادة واحدة : معناه التعهد بشيء يصبح به المتعهد مدينناً لآخر غير موجود حين إنشاء الالتزام كالوعد بالمكافأة أو بالجائزة للمتفوقين من الناجحين ، أو لمن يصنع دواء لعلاج مرض معين مثلاً .

وأمثلة الالتزام بإرادة واحدة في الفقه الإسلامي كثيرة منها :

١ - **الجمالة :** هي التزام جعل^(١) أو أجر معين لمن يقوم بعمل معين ، بدون تحديد أمد معين ، وهي عقد جائز غير لازم كتقديم مكافأة لمن يرد متاعاً ضائعاً ، أو يبني حائطاً أو يحفر بئراً يصل إلى الماء ، أو ينجح نجاحاً متفوقاً في امتحان ، أو يحقق نصراً حربياً على العدو ، أو يشفي مرضاً معيناً ، أو يبتكر علاجاً ناجحاً ، أو يخترع اختراعاً صناعياً ، أو يحفظ القرآن الكريم .

وقد أجازها جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة^(٢) عملاً بقصة يوسف

(١) الجؤل : ما يجعل للإنسان من شيء على فعل كأجر العامل ومكافأة المحارب على عمل حربي رائع .

(٢) بداية المجهد : ٢٣٢/٢ وما بعدها ، الشرح الصغير للدردير : ٧٩/٤ وما بعدها ، القوانين الفقهية ص ٢٧٥ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٤٢٩/٢ وما بعدها ، المغني ٥٠٧/٥ وما بعدها ، غاية المنتهى : ٢٨٤/٢ .

عليه السلام مع إخوته : ﴿ قالوا : نفقد صواع^(١) الملك ، ولمن جاء به حمل بعير ، وأنا به زعيم ﴾ ، ويؤيده قوله عليه الصلاة والسلام يوم حنين : « من قتل قتيلاً فله سلبه »^(٢) .

ولم يجزها الحنفية^(٣) ، لما فيها من الغرر والخطر أي الجهالة والاحتمال بالنسبة للملتزم وبالنسبة للقيام بالعمل الذي لا يدري ما يحتاجه من مجهود لإنجاز العمل .

والقانون المدني السوري في المادة (١٦٣) نظم الوعد بمجازة : وهو تخصيص أجر لشخص لن يتعين إلا بتنفيذ الأداء الذي حدده الواعد . وأجاز الرجوع عنه إذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل .

٢ - الوقف : هو حبس المال عن التصرف ، وتخصيص ريعه لجهة بر ، تقرباً إلى الله تعالى ، كالوقف على دور العلم وجهات الخير كالمشافي والمدارس والمصانع الخيرية ، والوقف لفلان ، ثم على جهة خير معينة . وينعقد الوقف بإرادة الواقف وحده ، فإن كان على شخص فله حق الرد ، فيصرف إلى جهة الخير أو البر التي عينها الواقف .

٣ - الإبراء : إسقاط شخص ماله من حق لدى شخص آخر ، كإسقاط الدائن دينه المستقر في ذمة مدينه . يتم بدون حاجة لقبول المدين ، إلا أنه يترد برده في مجلس الإبراء ، لما فيه من معنى التملك (أي تملك الدين للمدين) ، دفعاً للمنة والجميل الذي يصنعه الدائن له ، والإنسان لا يملك شيئاً جبراً عنه . فهو من قبيل الإسقاطات عند جمهور الفقهاء غير المالكية .

قال المالكية على ما هو راجح عندهم : يحتاج الإبراء إلى قبول المبرأ ؛ لأنه من

(١) الصواع : الكيال الذي يكال به .

(٢) السلب : ما يكون مع القتل من متاع أو مال أو سلاح أو خيل . والحديث رواه أحمد وأبو داود عن أنس بلفظ : « من قتل رجلاً فله سلبه » (نيل الأوطار : ٢٦٢/٧) .

(٣) البدائع : ٢٠٦/٦ .

قبيل التمليكات التي يشترط فيها القبول كالهبة والصدقة .

٤- الوصية : تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ، سواء أكان المملك عيناً أم منفعة ، كالوصية بمبلغ من المال أو بمنفعة دار لفلان أو لجهة خير بعد وفاة الموصي ، فهي عقد يتم بإرادة واحدة هي إرادة الموصي ، وتتحقق بإيجابه (أو عبارته أو كتابته أو إشارته المفهمة) فيكون ركن الوصية هو الإيجاب من الموصي فقط ، إلا أنها ترتد بالرد عند الحنفية^(١) ؛ لأنه ليس له إلزامه على قبولها .

واتفق الفقهاء على أن الوصية من العقود الجائزة غير اللازمة أي أن للموصي أن يرجع فيما أوصى به .

فالإيجاب بالوصية هو ركن الوصية . وأما القبول من الموصى له بعد وفاة الموصي فليس بركن للوصية ، ولكنه على الراجح عند فقهاء المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة^(٢) شرط للزوم الوصية ودخول الموصى به في ملك الموصى له من بعد الموت . فالحقيقة الشرعية للوصية عندهم تكون بالإيجاب من الموصي فقط ، ولا تتوقف على قبول الموصى له . وتنفذ الوصية من ثلث التركة ، ولا وصية جائزة للوارث إلا بإجازة الورثة ، كما لا تجوز الوصية لغير الوارث بما زاد عن ثلث التركة إلا بموافقة الورثة .

٥- اليمين : عقد قوي به عزم الحالف على الفعل أو الترك^(٣) ، مثل والله لأكرمن جاري ، أو لأعلمن هذا اليتيم على نفقتي ، فيجب عليه ديانة الوفاء بيمينه ، فإن لم يوف به حنث في يمينه ولزمته كفارة اليمين .

(١) اللباب شرح الكتاب : ٤ / ١٧٠ ، تبين الحقائق للزيلعي : ٦ / ١٨٢ ، ١٨٤ ، رد المحتار على الدر المختار : ٥ / ٤٦٠ .

(٢) بداية المجتهد : ٢ / ٣٣٠ ، الشرح الكبير للدردير : ٤ / ٤٢٤ ، مغني المحتاج : ٣ / ٥٣ ، غاية المنتهى : ٢ / ٣٥١ ، المغني : ٦ / ٢٥ .

(٣) فتح القدير : ٤ / ٢ ، تبين الحقائق : ٣ / ١٠٦ .

٦- الكفالة : عند غير الحنفية : ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق أي في الدين ، فيثبت الدين في ذمتها معاً . واقتصر الحنفية على أن الضم محصور في المطالبة بالدين . فالكفالة : التزام الكفيل بالدين بأدائه إلى الدائن بدلاً من المدين عند مطالبته . وهي توجد بمجرد التزام الكفيل بالدين ورضاه به عند المالكية والشافعية والحنابلة وأبي يوسف من الحنفية^(١) ، أي أن ركن الكفالة هو الإيجاب وحده ، وأما القبول من الدائن أو المدين فليس ركناً عند هؤلاء . فتكون التزاماً من جانب واحد . وقال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن^(٢) : ركن الكفالة : الإيجاب من الكفيل ، والقبول من الدائن .

العقد بإرادة منفردة :

الأصل العام في العقود أن يكون العاقد متعدداً أي أن العقد ينشأ بإيجاب وقبول يعبر كل واحد منهما عن إرادة صاحبه ؛ لأن العقد ينشئ آثاراً متعارضة وحقوقاً أو التزامات متضادة ، مثل تسليم المبيع وتسلمه ، والمطالبة بتسليم المبيع وقبض الثمن ، ورد المبيع بالعيب ، وفسخ العقد بالخيارات ، ويستحيل أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومتسماً ، طالباً ومطالباً ، مملوكاً ومتملكاً ، مما يوجب أن يكون العقد من طرفين ، لكل منهما إرادته وعبارته والتزامه ، لا من شخص واحد ليس له إلا إرادة واحدة .

لكن استثناء من هذا الأصل يجوز عند بعض الفقهاء إبرام العقد بعاقده واحد في بعض حالات البيع والزواج .

(١) الشرح الصغير للدردير : ٤٢٩ / ٣ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢ / ٢٠٠ ، المهذب : ١ / ٣٤٠ ، المغني : ٥ / ٥٣٥ .

(٢) فتح القدير : ٥ / ٣٩٠ ، البدائع : ٢ / ٦ ، الدر المختار : ٤ / ٢٦١ ، مجمع الضمانات : ص ٢٧٥ .

البيع بعاقده واحد :

أجاز الحنفية ما عدا زفر^(١) انعقاد البيع بإرادة شخص واحد متخذاً صفتين بالنيابة عن البائع وعن المشتري ، في حالات نادرة هي شراء الأب ، أو وصيه ، أو الجد ، مال الصغير لنفسه ، أو بيع مال نفسه من الصغير ، وبيع القاضي والرسول عن طرفي العقد ؛ لأن القاضي لا ترجع إليه حقوق العقد أي (لا يلتزم بشيء من التزامات العقد كالتسليم ودفع الثمن) ، فكان بمنزلة الرسول ، والرسول بعكس الوكيل عن الجانبين لا تلزمه حقوق العقد ؛ لأنه سفير ومعبّر عن كلام الأصيل ، فجاز لكل من القاضي والرسول تولي العقد عن الجانبين . ولا يجوز ذلك للوكيل من الجانبين .

لكن تعامل الأب مع الصغير لنفسه مقيد بأن يكون السعر بمثل قيمة الشيء ، أو بشيء يسير من الغبن المعتاد حدوثه بين الناس عادة ؛ لأن الأب مفترض فيه كمال الشفقة والرحمة ووفرة الرعاية لمصلحة الصغير .

وأما وصي الأب فمقيد تعامله مع الصغير عند أبي حنيفة وأبي يوسف بأن يكون تصرفه بمال الصغير لنفسه بمثل القيمة ، أو بما فيه نفع ظاهر (أو خير بيّن) لليتيم^(٢) ، لأنه مرضي الأب ، والظاهر ما رضي به إلا لوفور شفقتة على الصغير . ولم يجز محمد بن الحسن تصرف الوصي بمال الصغير لنفسه بمثل القيمة ؛ لأن التساهل في الأب لكمال شفقتة بخلاف الوصي .

وأجاز الحنابلة أن يتولى عاقده واحد عن الجانبين كالوكيل عن الطرفين عقد البيع ونحوه من عقود المعاوضات الأخرى كالإجارة مثلاً ؛ لأن حقوق العقد وآثاره أو التزاماته ترجع عندهم للموكل نفسه صاحب الشأن . كما أجازوا ذلك أيضاً في عقد

(١) البدائع : ٢ / ٢٣٢ ، ١٣٦٥ ، رد المحتار لابن عابدين : ٤ / ٥ ، فتح القدير : ٢ / ٤٢٨ ، تبين الحقائق : ٦ / ٢١١ .

(٢) النفع الظاهر في العقار يكون بشراء الوصي لنفسه من الصغير بضعف القيمة ، وبيع بنصفها . وفي المنقول بيع ما يساوي ١٥ بعشرة ، وشراء ما يساوي عشرة بخمسة عشر .

الزواج ، وفي الدعوى ، فيصح أن يكون الشخص الواحد وكيلاً في الدعوى عن المدعي والمدعى عليه ، ممثلاً مصلحة الطرفين ومقياً الحجة أو الدفع لكل منهما^(١) .

وروي عن الإمام مالك أن للوكيل والوصي أن يشتريا لأنفسهما من مال الموكل واليتيم ، إذا لم يحاييا أنفسهما^(٢) .

الزواج بعاقده واحد :

أجاز جمهور الحنفية ما عدا زفر للشخص الواحد أن يتولى طرفي عقد الزواج بإيجاب يقوم مقام القبول في خمس صور^(٣) .

١- إذا كان الشخص ولياً من الجانبين : كأن يزوج الجد بنت ابنه الصغيرة لابن ابنه الصغير .

٢- إذا كان وكيلاً من الجانبين : كأن يقول : زوجت موكلي فلاناً موكلتي فلانة .

٣- إذا كان أصيلاً من جانب وولياً من جانب آخر ، كأن يتزوج ابن عم بنت عمه الصغيرة التي تحت ولايته ، فيقول أمام الشهود : تزوجت بنت عمي فلانة .

٤- إذا كان أصيلاً من جانب ووكيلاً من جانب آخر ، كالموكلت امرأة رجلاً لزوجها من نفسه .

٥- إذا كان ولياً من جانب ووكيلاً من جانب ، مثل زوجت بنتي من موكلي . والسبب في مشروعية انعقاد الزواج في هذه الأحوال أن العاقد ليس إلا سفيراً عن الأصيل ومعبراً عنه ، فلا يتحمل شيئاً من التزامات العقد ، والواحد يصلح أن يكون معبراً عن اثنين بصفتين مختلفتين .

(١) كشاف القناع : ٢ / ٢٣٨ ، المغني : ٥ / ١٠٩ ، مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى للسيوطي الرحيباني :

٤٦٤ / ٣ ، ط المكتب الإسلامي بدمشق .

(٢) القوانين الفقهية : ص ٢٢٨ .

(٣) البدائع : ٢ / ٢٣١ ، ٥ / ١٣٧ .

وقال الشافعي^(١) : يجوز الزواج بعاقده واحد إذا كان ولياً من الجانبين وذلك في حالة الجد فقط ، له أن يزوج حفيديه ببعضهما ، ويتولى وحده العقد عن الطرفين ، وذلك للضرورة لعدم وجود ولي آخر من درجته ، ولقوة ولايته وشفقتة دون سائر الأولياء .

والخلاصة : أن العقد بالمعنى الخاص لا يتحقق بإرادة منفردة ، بل لابد لتحقيقه من توافق أو اجتماع إرادتين . وأما انعقاد البيع أو الزواج في الحالات السابقة ، وإن اقتصر فيه على شخص واحد ، إلا أنه في الحقيقة يمثل صفتين ، فقامت عبارة الشخص الواحد التي تدل على إرادتين متوافقتين مقام العبارتين من عاقدين مختلفين^(٢) .

وهناك فرق ثان بينها من ناحية الحكم (أي الأثر المترتب على العقد) ، وهو أن العقد يلزم الوفاء به من العاقد ديانة وقضاء باتفاق الفقهاء ، لقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ وقوله سبحانه : ﴿ وأوفوا بالعهد ﴾ . أما الوعد فلا يلزم الوفاء به قضاء ، بل الوفاء به مندوب مطلوب ديانة ومن مكارم الأخلاق . فلو وعد شخص غيره ببيع أو قرض أو هبة مثلاً لا يجبر على الوفاء بوعده بقوة القضاء ، بل يندب له تنفيذه ديانة ؛ لقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون ، كبر مقتاً عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون ﴾ وقال النبي ﷺ : « آية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب ، وإذا وعد أخلف ، وإذا أؤتمن خان »^(٣) .

هذا هو السائد عند الفقهاء ، لكن توجد آراء قد تكون مخالفة للرأي السائد ،

(١) نهاية المحتاج : ١٩٢ / ٥ وما بعدها .

(٢) منع القانون المدني المصري والسوري في المادة ١٠٩ من تعاقده الشخص مع نفسه ، سواء أكان التعاقد لحساب نفسه أم لحساب غيره إلا إذا رخص الأصيل مقدماً لئائب في التعاقد مع نفسه ، أو وجد نص في القانون ، أو قضت قواعد التجارة بمجاوز ذلك (الوسيط للسنهوري : ص ٢٠٢) .

(٣) رواه الشيخان (البخاري ومسلم) والترمذي والنسائي عن أبي هريرة .

وقد تكون ملطفة أحياناً يجعل الوعد ملزماً قضاء في بعض الحالات .

قال ابن شبرمة^(١) : يلزم الواعد ويجبر على الوفاء بوعده قضاء . وقال الحنفية : يلزم الوعد إذا صدر معلقاً على شرط منعاً لتغيرير الموعود . وعبروا عن ذلك بقاعدة فقهية : « المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة » (م ٨٣ مجلة) وقال ابن نجيم : « لا يلزم الوعد إلا إذا كان معلقاً » مثل أن يقول شخص لآخر : إذا لم يعطك فلان ثمن المبيع ، فأنا أعطيه لك . فيلزمه إعطاؤه حينئذ ؛ لأن الوعد اكتسب صفة الالتزام والتعهد .

وقال المالكية^(٢) : يلزم الواعد بوعده قضاء إن أدخل الموعود في سبب أو وعده مقروناً بذكر السبب ، كما قال أصبغ من فقهاءهم لتأكد العزم على الدفع حينئذ . مثال الحالة الأولى أن يقول لآخر : اهدم دارك وأنا أقرضك ما تبني به الدار ، أو اخرج إلى الحج وأنا أقرضك ، أو اشتري سلعة ، أو تزوج امرأة وأنا أسلفك ، ففعل الموعود ذلك ، فيجب عليه الإقراض لأنه أدخل الموعود في الالتزام . ومثال الحالة الثانية عند أصبغ : أن يقول شخص لآخر : تزوج أو اشتر ، وأنا أقرضك ، فيلزمه الوفاء بوعده ولو لم يباشر الموعود فعل الزواج أو الشراء أي سواء تزوج الموعود أو اشترى أم لا ، يلزم الواعد بما وعد ، دفعاً للضرر الحاصل للموعود من تغيرير الواعد .

فإن وعده بدون ذكر السبب ، كأن يقول شخص لآخر : أسلفني كذا ، فيقول المخاطب : نعم ، لا يلزمه الوعد . والقوانين الوضعية المدنية تتفق مع رأي ابن شبرمة وبعض المالكية على أن الوعد بعقد أو بعمل ملزم قانوناً .

(١) هو عبد الله بن شبرمة ، قاضي فقيه من التابعين ولد سنة ٧٢ هـ وتوفي سنة ١٤٤ هـ (تهذيب التهذيب : ٢٥٠ / ٥) .

(٢) الفروق للقرافي : ٤ / ٢٤ - ٢٥ ، المحلى لابن حزم : ٨ / ٢٣ ، م / ١١٢٥ .

المبحث الثاني - تكوين العقد

يشتمل هذا المبحث على مطالب ثلاثة :

المطلب الأول - ركن العقد :

الركن في اصطلاح علماء الأصول من الحنفية : هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان جزءاً داخلياً في حقيقته . ففي العبادات يعد الركوع والسجود وقراءة القرآن أركاناً للصلاة . وفي المعاملات : الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما هو ركن العقد . فركن العقد : هو كل ما يعبر به عن اتفاق الإرادتين أو ما يقوم مقامهما من فعل أو إشارة أو كتابة^(١) .

هذا هو مذهب الحنفية ، وأما بقية العناصر أو المقومات التي يقوم عليها العقد من محل معقود عليه ، وعاقدين ، فهي لوازم لا بد منها لتكوين العقد ، لأنه يلزم من وجود الإيجاب والقبول وجود عاقدين ، ولا يتحقق ارتباط العاقدين إلا بوجود محل يظهر فيه أثر الارتباط .

وغير الحنفية^(٢) يقولون : إن للعقد أركاناً ثلاثة هي عاقد ومعقود عليه وصيغة . فالعاقد في البيع هو البائع والمشتري ، والمعقود عليه هو الثمن والمثمن ، والصيغة هي الإيجاب والقبول ، باعتبار أن الركن عند الجمهور : هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وإن لم يكن جزءاً داخلياً في حقيقته .

وأياً كان هذا الاختلاف فهو اصطلاح لا تأثير له من حيث النتيجة .

(١) فتح القدير : ٧٤ / ٥ ، البدائع : ١٣٣ / ٥ ، رد المحتار لابن عابدين : ٥ / ٤ .

(٢) الشرح الكبير للدردير وحاشية السوقي : ٢ / ٣ ، مغني المحتاج : ٣ / ٢ ، غاية المنتهى : ٣ / ٢ ، القوانين الفقهية :

تعريف الإيجاب والقبول :

الإيجاب والقبول يكونان صيغة العقد ، أي العبارات الدالة على اتفاق الطرفين المتعاقدين .

وتعريفها عند الحنفية^(١) ما يأتي .

الإيجاب : إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولاً من كلام أحد المتعاقدين ، أو ما يقوم مقامه ، سواء وقع من المملك أو المملك^(٢) . فقول العاقد الأول في البيع هو الإيجاب ، سواء صدر من البائع أو من المشتري . فإذا قال البائع أولاً « بع » فهو الإيجاب . وإذا ابتدأ المشتري الكلام فقال : « اشتريت بكذا » فهو الإيجاب .

والقبول : ما ذكر ثانياً من كلام أحد المتعاقدين ، دالاً على موافقته ورضاه بما أوجبه الأول^(٣) .

فالمعتبر إذاً : أولية الصدور وثانويته فقط ، سواء أكان من جهة البائع أم من جهة المشتري في عقد البيع .

وعند غير الحنفية^(٤) : الإيجاب : هو ما صدر من يكون منه التملك وإن جاء متأخراً ، والقبول : هو ما صدر من يصير له الملك ، وإن صدر أولاً . ففي عقد البيع : إذا قال المشتري : اشتريت منك هذه البضاعة بكذا ، وقال البائع : بعته لك

(١) رد المختار لابن عابدين والدر المختار: ٦ / ٤ ، والمراجع السابقة .

(٢) ورد تعريف الإيجاب في المجلة (م ١٠١) : « الإيجاب : أول كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف ، وبه يوجب ويثبت التصرف » .

(٣) عرفت المجلة في المادة (١٠٢) القبول بما يأتي : « القبول : ثاني كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف ، وبه يتم العقد » .

(٤) شرح المنهج للأصاري : ١٨٠ / ٢ وما بعدها ، كشاف القناع : ٣ / ٢ ، غاية المنتهى : ٣ / ٢ وما بعدها ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه : ٣ / ٢ .

بهذا الثمن ، انعقد البيع ، وكان الإيجاب ما صدر عن البائع ، لأنه المملك ، والقبول : ما صدر من المشتري ، وإن صدر أولاً .

والواقع أن تسمية إحدى عبارتي العاقدين إيجاباً ، والأخرى قبولاً هي تسمية اصطلاحية ، ليس لها أثر يذكر ، والأصل العام في الإيجاب أن يقع من البائع أولاً ، ويقع القبول من المشتري ثانياً .

المطلب الثاني - عناصر العقد :

عناصر العقد : هي مقوماته الذاتية التي ينشأ بها العقد ، ولا يتحقق إلا بوجودها ، وهي أربعة : صيغة التعاقد ، والعاقدان ، ومحل العقد ، وموضوع العقد .

العنصر الأول - صيغة العقد :

صيغة العقد : هي ما صدر من المتعاقدين دالاً على توجه إرادتهما الباطنة لإنشاء العقد وإبرامه . وتعرف تلك الإرادة الباطنة بواسطة اللفظ أو القول أو ما يقوم مقامه من الفعل أو الإشارة أو الكتابة . وهذه الصيغة هي الإيجاب والقبول . وقد اتفقت الشرائع على أن مدار وجود العقد وتحققه هو صدور ما يدل على التراضي من كلا الجانبين بإنشاء التزام بينهما . وهذا هو ما يعرف بصيغة العقد عند فقهاءنا . ويسمى عند القانونيين « التعبير عن الإرادة » . والبحث فيها يكون ببيان أساليب الصيغة ، وشروطها .

الفرع الأول - أساليب صيغة الإيجاب والقبول :

التعبير عن الإرادة العقدية الجازمة يكون بأي صيغة تدل عرفاً أو لغة على إنشاء العقد ، سواء بالقول أو بالفعل أو بالإشارة أو بالكتابة ، وقد نصت على هذه الأساليب المادة (١٧٣) و (١٧٤) من المحلة ، كما نصت عليها المادة ٩٣ / ١ من القانون المدني السوري .

أولاً- اللفظ (أو القول) :

اللفظ : هو الأداة الطبيعية الأصلية في التعبير عن الإرادة الخفية رهو الأكثر استعمالاً في العقود بين الناس لسهولة وقوة دلالاته ووضوحه ، فيلجأ إليه متى كان العاقد قادراً عليه ، وبأي لغة يفهما المتعاقدان . ولا يشترط فيه عبارة خاصة ، وإنما يصح بكل ما يدل على الرضا المتبادل بحسب أعراف الناس وعاداتهم ؛ لأن الأصل في العقود هو الرضا ، لقوله تعالى : ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام : « إنما البيع عن تراض » .

مادة اللفظ : وعليه فلا يشترط في العقود كالبيع والإيجار والرهن والهبة ونحوها لفظ معين أو عبارة مخصوصة ، كأن يقول البائع : بعت بكذا ، أو ملكته لك بكذا ، أو أعطيته لك بكذا ، أو وهبته بثن كذا . ويقول المشتري : اشتريت ، أو قبلت ، أو رضيت ، أو خذ الثمن وهات المبيع .

أما عقد الزواج فاختلف الفقهاء في شأن الألفاظ المستعملة فيه ، نظراً لخطورته وقداسته .

فقال الحنفية والمالكية^(١) : يصح انعقاد الزواج بكل لفظ يدل على تملك العين في الحال ، كالتزويج والنكاح والتمليك ، والجعل ، والهبة والعطية والصدقة ، بشرط توافر النية أو القرينة الدالة على أن المراد باللفظ هو الزواج ، وبشرط فهم الشهود للمقصود ؛ لأن عقد الزواج كغيره من العقود التي تنشأ بتراضي العاقدين ، فيصح بكل لفظ يدل على تراضيها وإرادتها . وقد ورد لفظ « الهبة » في القرآن الكريم دالاً على صحة استعماله لإبرام الزواج ، كما ورد في السنة النبوية استعمال عبارة « التملك » .

(١) فتح القدير: ٢/ ٣٤٦، الدر المختار ورد المختار لابن عابدين: ٢/ ٣٦٨ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ١٩٥، الشرح الكبير للدردير: ٢/ ٢٢٠ وما بعدها، بداية المجتهد: ٢/ ١٦٨ .

أما الوارد في القرآن فقوله تعالى: ﴿ وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين ﴾^(١) والخصوصية للنبي ﷺ في قوله تعالى ﴿ خالصة لك ﴾ ليست في انعقاد زواجه بلفظ « الهبة » وإنما في صحة زواجه بغير مهر .

وأما الوارد في السنة فقوله عليه السلام لخاطب من الصحابة يحفظ سوراً من القرآن: « ملكتها بما معك من القرآن »^(٢) .

ولا يصح الزواج بلفظ لا يفيد الملك كإجارة وإعارة ووصية ورهن ووديعة ونحوها ، ولا بالألفاظ المصحفة مثل تجوزت .

وقال فقهاء الشافعية والحنابلة^(٣) : يشترط لصحة عقد الزواج استعمال لفظي « زوج أونكح » وما يشتق منها لمن يفهم اللغة العربية . أما من لا يعرف اللغة العربية فيصح الزواج منه بالعبرة التي تؤدي الغرض المقصود ، وتفهم هذا المعنى ؛ لأن عقد الزواج له خطورة لوروده على المرأة وهي حرة ، وشرع لأغراض سامية منها تكثير النسل وبقاء النوع الإنساني ، وتكوين الأسر ، ففيه معنى التبعيد لله ، بتكثير عباد الله الذين يعبدونه ، مما يوجب علينا التزام ما ورد به الشرع ، ولم يرد في القرآن الكريم إلا هذان اللفطان فقط وهما « النكاح والتزويج » وذلك في أكثر من عشرين آية ، منها : ﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء ﴾^(٤) ومنها ﴿ فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها ﴾^(٥) .

(١) الأحزاب : ٥٠ .

(٢) متفق عليه بين البخاري ومسلم وأحمد (نيل الأوطار : ٦ / ١٧٠) .

(٣) مغني المحتاج : ٣ / ١٢٩ ، المغني : ٦ / ٥٢٢ وما بعدها .

(٤) النساء : ٣ .

(٥) الأحزاب : ٣٧ .

ويمكن أن يكون رأي الحنفية والمالكية أرجح ، لأن الزواج كغيره من العقود ، فيصح بكل لفظ بنى عن الرضا والإرادة .

صيغة اللفظ أو نوع الفعل :

اتفق الفقهاء على صحة انعقاد العقد بالفعل الماضي ، لأنها أدل على المراد وأقرب إلى تحقيق مقصود العقود وهو انشاؤها في الحال ، فينعقد بها العقد من غير توقف على شيء آخر كالنية أو القرينة ، وقد تعارف الناس استعمال هذه الصيغة^(١) ، وأقرهم الإسلام عليها واستعملها الرسول ﷺ في جميع العقود ، لإفادتها تنجيز العقد حالاً ودلالتها على الإرادة الجازمة وحدوث الشيء قطعاً من غير احتمال معنى آخر ، مثل بعت ، واشتريت ، ورهنت ، ووهبت ، وزوجت ، وأعرت ، وقبلت ، ونحو ذلك .

واتفق الفقهاء أيضاً على الانعقاد بصيغة المضارع إذا توافرت نية الحال أو دلت القرينة على إرادة إنشاء العقد حالاً ؛ لأن المضارع يدل على الحال والاستقبال ، ففيه احتمال الوعد والمساومة ، فكان لا بد من النية لتعيين المراد في الحال ، وإنشاء العقد حالاً ، مثل أبيع وأشتري وأزوجك وأقبل وأرضى .

وينعقد العقد بالجملة الاسمية على الأصح ، مثل أنا بائع لك كذا ، أو واهب لك كذا ، فقال آخر : أنا قابل : أو قال : نعم .

واختلف الفقهاء في انعقاد العقد بلفظ الأمر الذي يعبر به عن المستقبل ، مثل : بعني أو اشتري ، أو أجرني ، أو خذ بكذا .

(١) نصت المادة ١٦٨ من المجلة على ما يأتي : الإيجاب والقبول في البيع عبارة عن كل لفظين مستعملين لإنشاء البيع في عرف البلدة .

فقال الحنفية^(١): إن ما عدا عقد الزواج لا ينعقد عقده بلفظ الأمر، ولو نوى ذلك، ما لم يقل القائل الأمر مرة أخرى في المثال السابق: اشتريت، أو بعت، أو استأجرت؛ لأن لفظ الأمر مجرد طلب وتكليف، فلا يكون قبولاً ولا إيجاباً. أو كانت العبارة تنبئ عن إيجاب أو قبول مقدر (مفهوم ضمناً) يقتضيه المعنى ويستلزمه كأن يقول المشتري: اشتريت منك هذا بكذا، فقال البائع: خذه، أو الله يبارك لك، فكأنه قال: بعتك فخذ (المجلة: م ١٧٢).

وأما عقد الزواج فيصح بصيغة الأمر مثل: زوجيني نفسك، فقالت: زوجتك، أو قال الرجل لولي المرأة أو وكيلها: زوجني فلانة، فأجاب: زوجتك، لأن لفظ الأمر للمساومة، وعقد الزواج يسبق عادة بالخطبة، فلا يقصد بهذا الأمر الوعد والمساومة، وإنما المقصود به إنشاء العقد، لا مقدمات العقد وهي الخطبة، فيحمل على الإيجاب والقبول. أما غير الزواج كالبيع مثلاً، فإنه يحصل فجأة بدون مقدمات غالباً، فيكون الأمر فيه مساومة، عملاً بحقيقة لفظ الأمر، ويكون المراد به العدة أو المساومة، ولا يعدل عن المعنى الحقيقي للفظ إلى شيء آخر إلا بدليل، ولم يوجد الدليل في البيع، بخلاف الزواج، كما بينا.

وقال جمهور الفقهاء غير الحنفية^(٢): ينعقد العقد بلفظ الأمر بدون حاجة للفظ ثالث من الأمر، سواء أكان بيعاً أو زواجاً؛ لأن أساس العقد هو التراضي، وقد جرى العرف على استعمال صيغة الأمر في إنشاء العقود كالماضي والمضارع، فينعقد بها العقد، ويكون الأمر أو المستدعي عاقداً فعلاً: بائعاً أو مشترياً مثلاً، وهذا الرأي هو

(١) البدائع: ١٣٣/٥ وما بعدها، فتح القدير مع العناية: ٧٥/٥ وما بعدها، حاشية ابن عابدين: ٩/٤ وما بعدها، المجلة: م ١٦٩ - ١٧٢.

(٢) مواهب الجليل للحطاب: ٢٢٨/٤ - ٢٤٠، حاشية السوق: ٣/٣ وما بعدها، بداية المجتهد: ١٦٨/٢، مغني المحتاج: ٥٠٤/٢ - ٥٠٦/٣.

الأرجح لما فيه من تحقيق مصالح الناس ومراعاة أعرافهم وعاداتهم دون مصادمة النصوص الشرعية .

واتفق الفقهاء على عدم انعقاد العقد بصيغة الاستقبال : وهي صيغة المضارع المقرون بالسين أو سوف مثل : سأبيعك ؛ لأن ذكر السين يدل على إرادة العقد في المستقبل ، فهو وعد بالعقد وليس عقداً ، أي أنه يدل على عدم إرادة الحال ، فلا ينعقد بها العقد ، حتى ولو نوى بها العاقد الإيجاب والقبول .

كذلك لا ينعقد العقد بصيغة الاستفهام ، لدلالاتها على المستقبل ، لأنها سؤال الإيجاب والقبول ، وليست إيجاباً ولا قبولاً ، كأن يقول المشتري : أتبيع مني هذا الشيء ؟ فقال البائع : بعت ، لا ينعقد العقد إلا إذا انضم لذلك لفظ ثالث يقوله المشتري مرة أخرى : اشتريت ؛ لأن لفظ الاستفهام لا يستعمل للحال حقيقة .

ثانياً - التعاقد بالأفعال (العقد بالمعاطاة) :

قد ينعقد العقد بدون قول أو لفظ ، وإنما بفعل يصدر من المتعاقدين ويسمى في الفقه بالمعاطاة أو التعاطي أو المراوضة : وهو التعاقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي دون تلفظ بإيجاب أو قبول^(١) .

مثل أن يأخذ المشتري المبيع ، ويدفع للبائع الثمن ، أو يدفع البائع المبيع ، فيدفع له الآخر ثمنه من غير تكلم ولا إشارة ، سواء أكان المبيع حقيراً أم نفيساً .

ففي البيع لو وجد الرجل سلعة مسعرة كتب عليها الثمن كساعة أو حلي ، فناول الثمن للبائع وأخذ السلعة دون إيجاب وقبول لفظيين ، انعقد البيع لدلالته على

(١) نصت المادة ١٧٥ من المجلة على ما يأتي : « حيث إن المقصد الأصلي من الإيجاب والقبول هو تراضي الطرفين ، فينعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ، ويسمى هذا بيع التعاطي » وذكرت المادة أمثلة لذلك .

التراضي في عرف الناس . كذلك ينعقد لو اقتصر المشتري على دفع عربون ؛ لأنه جزء من الثمن .

وفي الإجارة : لو ركب الإنسان سيارة من وسائل النقل ، ثم دفع ثمن التذكرة إلى الجابي دون كلام متبادل صح الإيجار عرفاً .

لكن الفقهاء اختلفوا في التعاقد بالتعاطي في العقود المالية على أقوال ثلاثة :

الأول - مذهب الحنفية^(١) والمحنابلة^(٢) : ينعقد العقد بالتعاطي فيما تعارفه الناس ، سواء أكان الشيء يسيراً كالبيضة والرغيف والجريدة أم نفيساً « كثير الثمن » كالدار والأرض والسيارة ؛ لأن تعارف الناس دليل ظاهر على التراضي ، سواء تمت المبادلة الفعلية من الجانبين ، أو من جانب واحد ومن الآخر اللفظ على الأصح المفتى به ، وسواء في ذلك البيع والإجارة والإعارة والهبة والرجعة .

وذلك بشرط أن يكون ثمن العقود عليه معلوماً تماماً ، وإلفسد العقد ، وألا يصرح العاقد مع التعاطي بعدم الرضا بالعقد .

والقانون المدني السوري يتفق مع هذا الرأي ، كما جاء في المادة ١ / ٩٣ .

الثاني - مذهب مالك وأصل مذهب أحمد^(٣) : ينعقد العقد بالفعل أو بالتعاطي متى كان واضح الدلالة على الرضا ، سواء تعارفه الناس أم لا ، وهذا الرأي أوسع من سابقه وأيسر على الناس ، فكل ما يدل على البيع أو الإجارة ، أو الشركة أو الوكالة وسائر العقود الأخرى ما عدا الزواج ينعقد العقد به ؛ لأن المعول عليه وجود ما يدل على إرادة المتعاقدين من إنشاء العقد وإبرامه والرضا به ، وقد تعامل الناس

(١) البدائع : ١٢٤ / ٥ ، فتح القدير : ٧٧ / ٥ ، الدر المختار ورد المحتار : ١١ / ٤ وما بعدها .

(٢) غاية المنتهى : ٥ / ٢ .

(٣) مواهب الجليل : ٢٢٨ / ٤ وما بعدها ، الشرح الكبير : ٣ / ٣ ، بداية المجتهد : ١٦١ / ٢ ، المغني : ٥٦١ / ٣ ، فتاوى

ابن تيمية : ٣١٧ / ٣ وما بعدها .

به من عصر النبوة فما بعده . ولم ينقل عن النبي ﷺ وأصحابه الاقتصار على الإيجاب والقبول ، ولا إنكار التعاطي ، فكانت القرينة كافية في الدلالة على الرضا .

الثالث - مذهب الشافعية والشيعة والظاهرية^(١) : لا تنعقد العقود بالأفعال أو بالمعاطاة لعدم قوتها دلالتها على التعاقد ؛ لأن الرضا أمر خفي ، لا دليل عليه إلا باللفظ ، وأما الفعل فقد يحتمل غير المراد من العقد ، فلا يعقد به العقد ، وإنما يشترط أن يقع العقد بالألفاظ الصريحة أو الكنائية ، أو ما يقوم مقامها عند الحاجة كالإشارة المفهومة أو الكتابة .

ونظراً لما يشتمل عليه هذا المذهب من تشدد وشككية محددة ومجافاة لمبدأ المرونة والسماحة واليسر ، فقد اختار جماعة من الشافعية منهم النووي والبعثي والمتولي ، صحة انعقاد بيع المعاطاة في كل ما يعده الناس بيعاً ، لأنه لم يثبت اشتراط لفظ ، فيرجع للعرف لكسائر الألفاظ المطلقة ، وبعض الشافعية كابن سريج والرويانى خصص جواز بيع المعاطاة بالمحقرات أي غير النفيسة : وهي ما جرت العادة فيها بالمعاطاة كرطل خبز ، أو رغيف ، وحزمة بقل ونحوها^(٢) .

عقد الزواج : وبغض النظر عن الاختلاف السابق في التعاقد بالمعاطاة ، أجمع الفقهاء على أن الزواج لا ينعقد بالفعل ، كإعطاء المهر مثلاً ، بل لابد من القول للقادر عليه ؛ لأن عقد الزواج خطير مقدس له آثار دائمة على المرأة ، فكان لابد من الاحتياط له ، وإتمامه بأقوى الدلالات على الإرادة : وهو القول ، حفاظاً على كرامة المرأة ومستقبلها ، وصوناً لها عن الابتدال ، ولأن عقد الزواج يتطلب الإشهاد عليه ، تمييزاً له عن السفاح أو الزنا ، ولا يتمكن الشهود من معرفة عقد الزواج إلا بسماع لفظ

(١) مغني المحتاج : ٣/٢ وما بعدها ، المذهب : ٢٥٧/١ ، المختصر النافع في فقه الإمامية : ص ١٤٢ ، المحلى لابن حزم :

٤٠٤ / ٨ ، المذهب : ٢٥٧/١ .

(٢) سيأتي بحثه في عقد البيع .

الإيجاب والقبول^(١) .

وكالزواج عند الإمام الشافعي : الطلاق والخلع والرجعة ، لا تجوز إلا بالقول .

ثالثاً - التعاقد بالإشارة :

الإشارة إما من الناطق أو من الأخرس .

أ- إذا كان العاقد قادراً على النطق فلا ينعقد العقد بإشارته ، بل عليه أن يعبر عن إرادته بلسانه لفظاً أو كتابة ؛ لأن الإشارة وإن دلت على الإرادة لا تفيد اليقين المستفاد من اللفظ أو الكتابة ، فلا بد من العبارة ، وإلا لم ينشأ العقد عند الحنفية والشافعية^(٢) .

لكن القانون المدني السوري وغيره في المادة ١ / ٩٣ أجاز انعقاد العقد بالإشارة المتداولة عرفاً ، ولو كانت من الناطق ، إذ لم يقيد بها بالخرس . وهذا يتفق مع مذهب المالكية والحنابلة^(٣) الذين يميزون التعبير عن الإرادة من الناطق بالإشارة المفهمة ، لأنها أولى في الدلالة من الفعل الذي ينعقد به العقد ، كما بينا في المعاطاة .

ب- وأما العاقد العاجز عن النطق كالأخرس ومعتقل اللسان ، فإن كان يحسن الكتابة فلا بد منها على الرواية الراجحة عند الحنفية ؛ لأن الكتابة أبلغ في الدلالة وأبعد عن الاحتمال من الإشارة ، فيلجأ إليها .

وإن كان لا يحسن الكتابة ، وله إشارة مفهمة ، فتقوم مقام النطق باللسان باتفاق الفقهاء للضرورة ، حتى لا يحرم من حق التعاقد ، وعليه نصت القاعدة

(١) الدر المختار: ٣٦٤/٢ وتنص المادة ٥ من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يأتي: « ينعقد الزواج بإيجاب من أحد العاقدين ، وقبول من الآخر » والمادة ٦ تنص: « يكون الإيجاب والقبول في الزواج بالألفاظ التي تفيد معناه لفة أو عرفاً » .

(٢) البدائع: ١٣٥ / ٥ ، حاشية ابن عابدين: ٩ / ٤ ، نهاية المحتاج: ١١ / ٢ .

(٣) الشرح الكبير: ٣ / ٢ ، المغني: ٥٦٢ / ٥ .

الفقهية: «الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان» (م / ٧٠ من المجلة). هذا إذا كان الخرس أصلياً، بأن ولد أخرس، فأما إذا كان عارضاً بأن طرأ عليه الخرس، فلا تعتبر إشارته إلا إذا دام به الخرس حتى وقع اليأس من كلامه، وصارت الإشارة مفهومة، فيلحق بالأخرس الأصلي.

رابعاً- التعاقد بالكتابة :

يصح التعاقد بالكتابة بين طرفين، ناطقين أو عاجزين عن النطق، حاضرين في مجلس واحد، أو غائبين، وبأي لغة يفهما المتعاقدان، بشرط أن تكون الكتابة مستبينة (بأن تبقى صورتها بعد الانتهاء منها) ومرسومة (مسطرة بالطريقة المعتادة بين الناس بذكر المرسل إليه وتوقيع المرسل)، فإذا كانت غير مستبينة كالرقم أو الكتابة على الماء أو في الهواء، أو غير مرسومة كالرسالة الخالية من التوقيع مثلاً، لم ينعقد بها العقد، وعليه نصت القاعدة الفقهية: (الكتاب كالخطاب) (م ٦٩ مجلة) وهذا رأي الحنفية والمالكية^(١).

وذلك كأن يرسل شخص خطاباً لآخر يقول فيه: «بعتك سيارتي بكذا»، فإذا وصله الكتاب، فقال في مجلس قراءة الكتاب: قبلت، انعقد البيع. فإن ترك المجلس، أو صدر منه ما يدل على الإعراض عن الإيجاب، كان قبوله غير معتبر.

وفي حال إرسال رسول إلى آخر مثل إرسال الكتاب، يعتبر مجلس وصول الرسول هو مجلس العقد، فيلزم أن يقبل فيه، فإن قام من المجلس قبل أن يقبل انتهى مفعول الإيجاب. فالمعتبر هو مجلس بلوغ الرسالة أو الكتابة. وصورة الإرسال: أن يقول شخص: بعث لفلان كذا، فاذهب يا فلان وقل له، فذهب

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ١٠/٤ وما بعدها، الشرح الكبير: ٣/٢، فتح القدير: ٧٩/٥، البدائع:

الرسول، فأخبره، فقبل المشتري في مجلسه ذلك صح العقد^(١).

لكن عقد الزواج لا يصح انعقاده بالكتابة إذا كان العاقدان حاضرين في مجلس واحد، إلا حال العجز عن النطق كالخرس؛ لأن الزواج يشترط لصحته حضور الشهود وسماعهم كلام العاقدين، وهذا لا يتيسر في حال الكتابة.

وقيد الشافعية والحنابلة^(٢) صحة التعاقد بالكتابة أو الرسالة فيما إذا كان العاقدان غائبين، أما في حال الحضور فلا حاجة إلى الكتابة؛ لأن العاقد قادر على النطق، فلا ينعقد العقد بغيره.

الفرع الثاني - شروط الإيجاب والقبول :

الشرط : ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون جزءاً خارجاً عن حقيقته . كالوضوء أو الطهارة للعبادات، لا تصح الصلاة بدون الطهارة، لكنها غير داخلية في تكوين الصلاة . وكالقدرة على التسليم في المعاملات لا بد منها لانعقاد العقد، لكنها ليست جزءاً داخلياً في تكوين العقد . وبذلك يظهر أن الركن والشرط يتوقف عليهما وجود الشيء، إلا أن الركن داخل في حقيقة الشيء وجزء منه، أما الشرط فخارج عن الحقيقة ولا يعد جزءاً منها .

وقد اشترط الفقهاء لانعقاد العقد شروطاً ثلاثة في الإيجاب والقبول هي^(٣) :

١ - وضوح دلالة الإيجاب والقبول، أي أن يكون كل من الإيجاب والقبول

(١) نص القانون المدني السوري على ذلك في المادة ٩٨ : « يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيها القبول... » .

(٢) المهذب : ٢٥٧ / ١ ، غاية المنتهى : ٤ / ٢ .

(٣) البدائع : ١٣٦ / ٥ وما بعدها، حاشية ابن عابدين : ٥ / ٤ ، فتح القدير : ٨٠ / ٥ ، أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الحنيف : ص ٦٩ وما بعدها، مغني المحتاج : ٥ / ٢ وما بعدها، حاشية الدسوقي : ٥ / ٢ ، غاية المنتهى : ٤ / ٢ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣ - ١٠ .

واضح الدلالة على مراد العاقدين ، بأن تكون مادة اللفظ المستعمل لهما في كل عقد تدل لغة أو عرفاً على نوع العقد المقصود للعاقدين ؛ لأن الإرادة الباطنة خفية ، ولأن العقود يختلف بعضها عن بعض في موضوعها وأحكامها ، فإذا لم يعرف يقيين أن العاقدين قصداً عقداً بعينه لا يمكن إلزامها بأحكامه الخاصة به .

ولا يشترط لهذه الدلالة لفظ أو شكل معين ، فإن الشكلية في غير عقد الزواج والعقود العينية كالهبة والرهن غير مطلوبة فقهاً ؛ لأن العبرة في العقود للمعاني ، لا للألفاظ والمباني ، فيصح البيع بلفظ الهبة بعوض ، وينعقد الزواج بلفظ الهبة إذا اقترن بالمهر .

٢- تطابق القبول والإيجاب : بأن يكون القبول موافقاً للإيجاب ، بأن يرد على كل ما أوجبه الموجب وبما أوجبه ، أي على كل محل العقد ، ومقدار العوض في عقود المعاوضات ، سواء أكانت الموافقة حقيقية ، كما لو قال البائع : بعثك الشيء بعشرة ، فيقول المشتري : اشتريته بعشرة ، أو ضمنية ، كما لو قال المشتري في المثال السابق : اشتريته بخمس عشرة . أو أن تقول المرأة : زوجتك نفسي بمئة ، فيقول الزوج : قبلت الزواج بمئة وخمسين ، فالتوافق متحقق ضمناً ، وهذه المخالفة خير للموجب . لكن العقد لا يلزم إلا بالمقدار الذي وجهه الموجب أي مئة في المثال الأخير ، وأما الزيادة فموقوفة على قبول الموجب في مجلس العقد ، فإن قبل به الموجب لزم القابل ؛ لأن المال لا يدخل في ملك إنسان بغير اختياره إلا في الميراث .

فإن لم يتطابق القبول مع الإيجاب ، وحدثت مخالفة بينها ، لا ينعقد العقد ، كأن خالف القابل في محل العقد ، فقبل غيره ، أو بعضه ، مثل قول البائع : بعثك الأرض الفلانية ، فيقول المشتري : قبلت شراء الأرض المجاورة لها ، أو قبلت شراء نصفها بنصف الثمن المتفق عليه ، فلا ينعقد العقد لمخالفته محل العقد ، أو لتفرق الصفقة على البائع ، والمشتري لا يملك تفريقها أي تجزئتها .

وإذا خالف في مقدار الثمن ، فقبل بأقل مما ذكر البائع ، لا ينعقد العقد أيضاً ، وكذا لو خالف في وصف الثمن لا في قدره ، كأن أوجب البائع بثمن حال تقدي ، فقبل المشتري بثمن مؤجل ، أو أوجب بأجل إلى شهر معين ، فقبل المشتري بأجل أبعد منه ، لم ينعقد البيع في الحالتين ، لعدم تطابق القبول مع الإيجاب ، وحينئذ لا بد من إيجاب جديد .

ويختلف القانون المدني مع الفقه الحنفي في حالة المخالفة إلى خير للموجب ، إذ يقرر القانونيون^(١) أن العقد لا يتم ، كما يفهم من صريح المادة ٩٧ مدني سوري « إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه ، اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً » لكن يتفق ذلك مع ظاهر مذهب الشافعي^(٢) .

٣- اتصال القبول بالإيجاب : بأن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد إن كان الطرفان حاضرين معاً ، أو في مجلس علم الطرف الغائب بالإيجاب .

ويتحقق الاتصال بأن يعلم كل من الطرفين بما صدر عن الآخر بأن يسمع الإيجاب ويفهمه ، وبألا يصدر منه ما يدل على إعراضه عن العقد ، سواء من الموجب أو من القابل .

ومجلس العقد : هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مشتغلين فيه بالتعاقد .
وبعبارة أخرى : اتحاد الكلام في موضوع التعاقد .

ويشترط لتحقيق معنى اتصال القبول بالإيجاب شروط ثلاثة هي^(٣) :

أولها - أن يكونا في مجلس واحد ، وثانيها - ألا يصدر من أحد العاقدين

(١) الوسيط للسهنوري : ص ٢١٩ وما بعدها .

(٢) معني المحتاج : ٦ / ٢ .

(٣) الملكية ونظرية العقد للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة : ص ١٧٥ ، ط ١٩٢٩ .

ما يدل على إعراضه، ثالثها - ألا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول القابل الآخر.

الشرط الأول - أن يتحد مجلس الإيجاب والقبول: فلا يجوز أن يكون الإيجاب في مجلس، والقبول في مجلس آخر؛ لأن الإيجاب لا يعد جزءاً من العقد إلا إذا التحق به القبول. فلو قال البائع: بعثك الدار بثن كذا، أو أجرتك المنزل بأجرة كذا، ثم انتقل الموجب إلى مكان آخر بعيد عن مجلسه الأول بحوالي مترين أو ثلاثة، أو إلى غرفة أخرى، انتهى المجلس الأول، فإذا قبل القابل بعد هذا الانتقال لم ينعقد العقد، ويحتاج إلى إيجاب جديد؛ لأن الإيجاب كلام اعتباري لا بقاء له إذا لم ينضم إليه القبول في حال واحدة من المجلس.

وهل تشترط الفورية في القبول؟

قرر جمهور الفقهاء (الحنفية والمالكية والحنابلة^(١)) أنه لا يشترط الفورية في القبول، لأن القابل يحتاج إلى فترة للتأمل، فلو اشترطت الفورية لا يمكنه التأمل، وإنما يكفي صدور القبول في مجلس واحد، ولو طال الوقت إلى آخر المجلس؛ لأن المجلس الواحد يجمع المتفرقات للضرورة، وفي اشتراط الفورية تضيق على القابل، أو تفويت للصفقة من غير مصلحة راجحة، فإن رفض فوراً، فتضيع عليه الصفقة، وإن قبل فوراً، فربما كان في العقد ضرره، فيحتاج لفترة تأمل؛ للموازنة بين ما يأخذ أو يغمم وبين ما يعطي أو يفرم في سبيل العقد، وقدرت فترة التأمل بمدة مجلس العقد؛ لأن المجلس جامع للمتفرقات، فتعتبر ساعاته وحدة زمنية تيسيراً على الناس، ومنعاً للمضايقة والخرج، ودفعاً للضرر عن العاقدين قدر الإمكان.

وقد أخذ القانون المدني في المادة ٢/٩٥ بهذا الرأي، فلم يشترط الفورية في

(١) البدائع: ١٣٧/٥، فتح القدير: ٧٨/٥، الشرح الكبير للدردير: ٥/٢، الشرح الصغير: ٣ حاشية ص ١٧، غاية المنتهى: ٤/٢، مواهب الجليل للحطاب: ٢٤٠/٤، الشرح الكبير مع المغني: ٤/٤.

القبول ، وصرح الأستاذ السنهوري بأن القانون أخذ هذا من الفقه الحنفي^(١) .

وقال الرملي من الشافعية^(٢) : يشترط أن يكون القبول فور الإيجاب ، فلو تخلل لفظ أجنبي لا تعلق له بالعقد ولو يسيراً بأن لم يكن من مقتضاه ولا من مصالحه ولا من مستحباته ، لا يتحقق الاتصال بين القبول والإيجاب ، فلا ينعقد العقد . لكن لو قال المشتري بعد توجيه الإيجاب له : بسم الله والحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله ، قبلت ، أي (الشراء) صح العقد .

واتجاه الشافعية هذا متمش مع الأصل في القبول : وهو أن يتصل بالإيجاب مباشرة وفوراً لينعقد العقد ، ويخفف تشدد هذا الرأي أخذ الشافعية بمبدأ خيار المجلس لكل من العاقدين بعد انعقاد العقد ، والذي بمقتضاه يثبت لكل من العاقدين حق فسخ العقد ما دام في المجلس لم يفترقا عنه بأبدانها .

هذا وقد فرغ الرملي من الشافعية اتصال القبول بالإيجاب بأنه السائد عرفاً بين الناس ، فلا يضر الفصل اليسير ويضر الطويل وهو ما أشعر بإعراضه عن القبول . فيكون رأي الشافعية كغيرهم^(٣) .

التعاقد بالهاتف والمراسلة :

ليس المراد من اتحاد المجلس كون المتعاقدين في مكان واحد ؛ لأنه قد يكون مكان أحدهما غير مكان الآخر ، إذا وجد بينها واسطة اتصال ؛ كالتعاقد بالهاتف ، أو بالمراسلة . وإنما المراد باتحاد المجلس اتحاد الزمن أو الوقت الذي يكون المتعاقدان مشتغلين فيه بالتعاقد . فجلس العقد : هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مقبلين

(١) الوسيط للسنهوري : ص ٢١٥ .

(٢) نهاية المحتاج : ٨/٣ ، مغني المحتاج : ٦/٢ .

(٣) حاشية الباجوري على ابن قاسم الفزري : ٢٥٤/١ ، المجموع للنووي : ١٧٩/٩ .

على التفاوض في العقد^(١) وعن هذا قال الفقهاء : « إن المجلس يجمع المتفرقات »^(٢) .

وعلى هذا يكون مجلس العقد في المكالمة الهاتفية : هو زمن الاتصال ما دام الكلام في شأن العقد ، فإن انتقل المتحدثان إلى حديث آخر انتهى المجلس .

ومجلس التعاقد بإرسال رسول ، أو بتوجيه خطاب هو مجلس تبليغ الرسالة ، أو وصول الخطاب ، كما بينا سابقاً ؛ لأن الرسول سفير ومعبر عن كلام المرسل ، فكأنه حضر بنفسه وخطب بالإيجاب فقبل ، فينعقد العقد . وفي مكاتبة الغائب بخطاب يجعله كأنه حضر بنفسه ، وخطب بالإيجاب ، فقبل في المجلس . فإن تأخر القبول إلى مجلس ثان لم ينعقد العقد . وبه يتبين أن مجلس التعاقد بين حاضرين : هو محل صدور الإيجاب ، ومجلس التعاقد بين غائبين : هو محل وصول الكتاب أو تبليغ الرسالة ، أو المحادثة الهاتفية .

لكن للمرسل أو للكاتب أن يرجع عن إيجابه أمام شهود بشرط أن يكون قبل قبول الآخر ووصول الرسالة أو الخطاب . ويرى جمهور المالكية أنه ليس للموجب الرجوع قبل أن يترك فرصة للقابل يقرر العرف مداها ، كما سنين .

التعاقد حالة المشي أو الركوب :

إذا تعاقد شخصان على ظهر سفينة أو متن طائرة ، أو في قطار أو سيارة ، انعقد العقد ، سواء أكانت هذه الوسائل واقفة أو ماشية ؛ لأن الشخص لا يستطيع إيقاف تلك الوسائل ، فاعتبر مجلس العقد فيها مجلساً واحداً ، مما يؤكد أن المقصود من اتحاد المجلس اتحاد الزمان وليس الاتحاد المكاني المادي .

لكن إذا كان العاقدان ماشيين على الأقدام ، أو راكبين دابة واحدة أو دابتين ،

(١) المدخل الفقهي للزرقاء : ف ١٧١ .

(٢) البدائع : ١٣٧/٥ .

فقد تشدد الحنفية في تصور المجلس . فقالا : إذا تم القبول متصلاً بالإيجاب ، انعقد العقد ، حتى ولو مشياً خطوة واحدة ، أو خطوتين . فإن مشياً خطوات ثلاثة فأكثر ، ثم حدث القبول ، لم ينعقد العقد ؛ لأن العاقدين يستطيعان الوقوف ، أو إيقاف الدابة لمداولة العقد ، فإن سارا فقد تبدل المجلس قبل القبول . ويجعل السير دليلاً على الإعراض عن العقد^(١) .

وهذا ما حدا بالدكتور السنهوري إلى القول بأن نصوص المذهب الحنفي أغرقت في تصوير مجلس العقد تصويراً مادياً لا سبيل إلى مجاراتها فيه^(٢) .

الشرط الثاني - ألا يصدر من أحد العاقدين ما يدل على إعراضه عن العقد : بأن يكون الكلام في موضوع العقد ، وألا يتخلله فصل بكلام أجنبي يعد قرينة على الإعراض عن العقد .

فإن ترك الموجب مجلس العقد قبل قبول الآخر ، أو ترك الطرف الآخر المجلس بعد صدور الإيجاب ، أو انشغل الطرفان في موضوع آخر لا صلة له بالعقد ، بطل الإيجاب . ولو قبل الآخر حينئذ لا يعتبر قبوله متمماً للعقد ؛ لأن الإيجاب ذهب ولم يبق له وجود ، إذا لم يتعاقق مع القبول ، وسبب ذهابه أنه كلام اعتباري لا بقاء له إذا لم يتصل بالقبول ، ويجعل باقياً مدة المجلس من باب التيسير على الطرفين ودفع العسر عنها ليتمكن تلاقي القبول به ، وانعقاد العقد .

متى يصير المجلس قد تغير ؟

العرف الشائع بين الناس هو المحكم في بيان اتحاد المجلس أو تغييره ، فإذا صدر القبول في حال اتحاد المجلس ، نشأ العقد ، وإذا صدر القبول بعد تغير المجلس لم يعتبر

(١) البدائع : ٢٢٢/٢ ، و ١٢٧/٥ ، فتح القدير : ٧٨/٥ - ٨٠ .

(٢) مصادر الحق للسنهوري : ٧/٢ .

ولم ينشأ به العقد . وضابط ذلك أن القبول يكون معتبراً ما دام لم يتخلل بينه وبين الإيجاب ما يعد إعراضاً عن العقد من أحد الطرفين ، وما دام المجلس قائماً^(١) .

وتحقيق هذا المبدأ عند الحنفية^(٢) : أنه لو أوجب أحد الطرفين البيع ، فقام الآخر عن المجلس قبل القبول ، أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ، ثم قبل ، لا ينعقد العقد ؛ لأن القيام دليل الإعراض والرجوع عن العقد .

والاحتكام إلى العرف في بيان ما يغير المجلس متفق عليه بين المذاهب^(٣) حتى عند بعض الشافعية القائلين بفورية القبول ؛ لأن الفورية شيء ، والحكم بتغير المجلس شيء آخر ، فإنهم قالوا : يعتبر العرف في تفرق العاقدين عن المجلس ، فما يعده الناس تفرقاً يلزم به العقد ، وما لا فلا ؛ لأن ما ليس له حد في اللغة ولا في الشرع ، يرجع فيه إلى العرف ، فلو كان العاقدان في دار كبيرة يتغير المجلس بالخروج من البيت إلى صحن الدار ، أو بالعكس ، وإن كانا في دار صغيرة أو في سفينة أو مسجد صغير يتغير المجلس بخروج أحدهما منه ، أو بصعود السطح ، وإن كانا في سوق أو صحراء يتغير المجلس بأن يولي أحدهما ظهره ويمشي قليلاً كثلاث خطوات . ولو تناديا بالعقد من مكان بعيد ، بقي المجلس ما لم يفارق أحدهما مكانه ، فإن مشى كل منهما ولو إلى صاحبه ، تغير المجلس . ولو تماشى الطرفان مسافة دام المجلس ، وإن زادت المدة على ثلاثة أيام ما لم يعرضاً عما يتعلق بالعقد .

الشرط الثالث - ألا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول القابل :

لا بد لانعقاد العقد من استمرار الموجب على إيجابه الذي وجهه للقابل ، فإن عدل عن إيجابه ، لم يصح القبول .

(١) الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى : ص ٢٥٩ .

(٢) البدائع : ١٣٧/٥ ، فتح القدير والهداية : ٧٨/٥ و ٨٠ .

(٣) مواهب الجليل للحطاب : ٢٤٠/٤ وما بعدها ، المجموع للنووي : ٢٠١/٩ ، مغني المحتاج : ٤٥/٢ ، المحلى على

النهاج : ١٩١/٢ ، الباجوري على ابن قاسم : ٣٦٠/١ ، غاية المنتهى : ٤/٢ .

وهل يصح العدول عن الإيجاب في مجلس العقد ؟

أجاب جمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية والحنابلة)^(١) للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل صدور القبول من الطرف الآخر ، ويبطل الإيجاب حينئذ ؛ لأن الالتزام بالعقد لم ينشأ بعد ، ولا ينشأ إلا بارتباط القبول بالإيجاب ، ولأن الموجب حر التصرف بملكه وحقوقه ، وبإيجابه أثبت للطرف الآخر حق التملك ، وحق الملك أقوى من حق التملك ، فيقدم عليه عند التعارض ؛ لأن الأول ثابت لصاحبه أصالة والثاني لا يثبت إلا برضا الطرف الأول ، والتراضي بين الجانبين أساسي لصحة العقود .

والقانون المدني في المادة ٩٥ يتفق مع هذا الرأي ، فإنه إذا لم يعين ميعاد للقبول يجوز للموجب التحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً .

وقال أكثرية المالكية^(٢) : ليس للموجب الرجوع عن إيجابه ، وإنما يلتزم بالبقاء على إيجابه حتى يعرض الطرف الآخر عنه ، أو ينتهي المجلس ؛ لأن الموجب قد أثبت للطرف الآخر حق القبول والتملك ، فله استعماله وله رفضه ، فإذا قبل ثبت العقد ، وإذا أعرض عن الإيجاب لم ينشأ العقد . وعليه لا يكون الرجوع مبطلاً للإيجاب .

تعيين مدة للقبول : إذا حدد الموجب للطرف الآخر مدة للقبول ، فيلتزم بها عند فقهاء المالكية ؛ لأنهم قالوا كما بينا : ليس للموجب الرجوع عن إيجابه قبل قبول الآخر ، فيكون من باب أولى ملتزماً بالبقاء على إيجابه إذا عين ميعاداً للقبول كأن يقول : أنا على إيجابي مدة يومين مثلاً ، فيلزمه هذا التقييد ولو انتهى المجلس . وهذا يتفق مع المبدأ العام في الشريعة وهو « المسلمون على شروطهم »^(٣) ، ومثل هذا الشرط لا ينافي مقتضى العقد .

(١) البدائع : ١٣٤/٥ ، مغني المحتاج : ٤٣/٢ ، غاية المنتهى : ٢٩/٢ .

(٢) مواهب الجليل للحطاب : ٢٤١/٤ .

(٣) هو حديث نبوي رواه الترمذي عن عمرو بن عوف ، وقال : هذا حديث حسن صحيح (نيل الأوطار :

والقانون المدني في المادة ٩٤ يقرر ذلك : « إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد . وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال ، أو من طبيعة التعامل . »

العقود التي لا يشترط فيها اتحاد المجلس :

اتحاد المجلس شرط في جميع العقود ما عدا ثلاثة : الوصية ، والإيضاء ، والوكالة .

أما الوصية (وهي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت) : فيستحيل فيها تحقق اتحاد المجلس ؛ لأن القبول لا يصح من الموصى له في حال حياة الموصي ، وإنما يكون بعد وفاته مصراً على الوصية .

وأما الإيضاء (وهو جعل الغير وصياً على أولاده ليرعى شؤونهم بعد وفاته) : فلا يلزم صدور القبول فيه في حياة الموصي ، وإنما يصح بعد وفاته ، وعلى كل حال لا يصبح وصياً إلا بعد وفاة الموصي ، وإن قبل في حياته .

وأما الوكالة (وهي تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل في أثناء الحياة) فبنية على التوسعة واليسر والساحة ، فلا يشترط فيها اتحاد المجلس ؛ لأن قبولها قد يكون باللفظ (القول) ، أو بالفعل بأن يشرع الوكيل في فعل ما وكل فيه ، ويصح فيها توكيل الغائب (أي غير الموجود في مجلس العقد) ، فبمجرد علمه بالتوكيل له القيام بالعمل الموكل فيه ^(١) .

وكالوكالة عند الحنابلة : كل عقد جائز غير لازم يصح القبول فيه على التراخي ، مثل الشركة والمضاربة والمزارعة والمساقاة ، والوديعة والجمالة .

(١) البدائع ٦ / ٢٠ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٨ ، نهاية المحتاج : ٤ / ٢١ ، مغني المحتاج : ٢ / ٢٢٢ ، غاية المنتهى : ٢ / ١٤٧ .

مبطلات الإيجاب : يبطل الإيجاب بالأمر التالية^(١)

- ١- رجوع الموجب عنه قبل القبول في المجلس ، على رأي الجمهور .
- ٢- رفض الإيجاب من الطرف الآخر، إما صراحة كأن يقول : لا أقبل ، أو ضمناً كأن يعرض عنه إما بالقيام عن المجلس بعد القعود ، أو بالاشتغال بعمل آخر كأكمل ، أو سماع حديث آخر ، أو قراءة خبر صحفي ونحوه .
- ٣- انتهاء مجلس العقد ، بتفرق العاقدين عرفاً ؛ لأن الإيجاب يظل قائماً في المجلس ، فلما انتهى بطل مفعوله ، لأن المجلس يجمع المتفرقات .
- ٤- خروج الموجب عن أهليته قبل القبول بالموت أو بالجنون أو بالإغماء ونحوه وكذا فقد القابل أهليته بهذه الأسباب ؛ لأن انعقاد العقد يتوقف على توافر الأهلية ، فإذا فقدت لم ينعقد العقد ، لاحتمال وجود الرجوع عن الإيجاب ، أو لعدم فهم القبول ، أو لعدم صدور قبول معتبر شرعاً .
- ٥- هلاك محل العقد قبل القبول ، أو تغييره بما يصيره شيئاً آخر ، مثل قلع عين حيوان ، أو انقلاب عصير العنب خمراً ، ونحو ذلك .

العنصر الثاني - العاقد :

الإيجاب والقبول اللذان يكونان ركن العقد كما بينا ، لا يتصور وجودهما من غير عاقد ، فالعاقد ركيزة التعاقد الأصلية . لكن ليس كل واحد صالحاً لإبرام العقود ، فبعض الناس لا يصلح لأي عقد ، وبعضهم يصلح لإنشاء بعض العقود ، وآخرون صالحون لكل عقد .

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ٢١ / ٤ ، فتح القدير : ٨٠ / ٥ وما بعدها ، الشرح الكبير : ٥ / ٣ ، مغني المحتاج : ٦ / ٢ ، غاية المنتهى : ٥ / ٢ .

وهذا يعني أن العاقد لا بد له من أهلية للتعاقد بالأصالة عن نفسه، أو ولاية شرعية للتعاقد بالنيابة عن غيره .

ويستلزم ذلك بحث الأهلية والولاية، لكن بقدر إجمالي، وأما تفصيل أحكام الأهلية والولاية فترك لكتب الفقه والأصول^(١) المطولة، ولمادة الأحوال الشخصية ومدخل القانون، إذ إن نصوص الأهلية والولاية موزعة بين قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني السوريين .

والذي يهمنا من بحث الأهلية أن العاقد يشترط فيه عند الحنفية والمالكية^(٢) : أن يكون عاقلاً أي مميزاً أم سن السابعة^(٣)، فلا ينعقد تصرف غير المميز لصغراً أو إغماء أو جنون، وتصح تصرفات الصبي المميز^(٤) المالية على التفصيل الآتي (راجع المادة ٩٦٧ من المجلة) :

أ- التصرفات النافعة نفعاً محضاً: وهي التي يترتب عليها دخول شيء في ملكه من غير مقابل، كالاحتطاب، والاحتشاش والاصطياد، وقبول الهبة والصدقة والوصية والكفالة بالدين. تصح من الصبي المميز دون إذن ولا إجازة من الولي، لأنها لنفعه التام .

ب- التصرفات الضارة ضرراً محضاً: وهي التي يترتب عليها خروج شيء من ملكه دون مقابل، كالطلاق والهبة والصدقة والإقراض وكفالاته لغيره بالدين أو

(١) راجع كتابنا الوسيط في أصول الفقه الإسلامي: ص ١٧٠ وما بعدها، ط ثانية .

(٢) حاشية ابن عابدين: ٥ / ٤، الشرح الكبير: ٥ / ٣ .

(٣) المميز: هو الذي إذا كلم بشيء من مقاصد العقلاء فهمه وأحسن الجواب عنه .

(٤) اشترط الشافعية والحنابلة لانتماد العقود: الرشد وهو البلوغ مع العقل، وصلاح الدين والمال، فلا يصح التصرف من صبي ولا من مجنون ولا من محجور عليه بسفه أي تبذير المال . واستثنى الحنابلة شراء الشيء اليسير وتصرف الصبي بإذن وليه (مفني المحتاج: ٧ / ٢، غاية المنتهى: ٥ / ٢) .

بالنفس لا تصح من الصبي العاقل ولا تنفذ ، ولو أجازها وليه ؛ لأن الولي لا يملك إجازة هذه التصرفات لما فيها من الضرر .

ج- التصرفات المترددة بين الضرر والنفع : وهي التي تحتمل الربح والخسارة كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والزواج والمزارعة والمساقاة والشركات ونحوها .
تصح من الصبي المميز ، ولكنها تكون موقوفة على إذن الولي أو إجازته ما دام صغيراً أو على إجازته لنفسه بعد البلوغ ؛ لأن للمميز جانباً من الإدراك غير قليل^(١) .
فإن أجزت نفذت ، وإلا بطلت ، والإجازة تجبر نقص الأهلية .

والأشخاص بالنسبة للأهلية : إما عديم الأهلية وغير المميز فتعد تصرفاتها باطلة ، أو ناقص الأهلية كالصبي المميز فيصح بعض تصرفاته ، ويبطل بعضها الآخر ، ويتوقف بعضها على الإجازة على التفصيل السابق ، أو كامل الأهلية وهو الراشد الذي تصح منه كل التصرفات وتنفذ ما لم يكن محجوراً عليه بسبب السفه أو الدين ، أو كان ممنوعاً من التصرف بسبب مرض الموت أو الفقد أو الغياب . وكل ذلك يضطرنا إلى بحث الأهلية والولاية .

وبه تعرف أحكام الأهلية إجمالاً علماً بأن القانون المدني استمد أحكامها من الفقه الإسلامي وذلك في المواد (٤٦ - ٥٠) وقد اعتبر القانون أحكام الأهلية من قواعد النظام العام التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها ، فكل اتفاق مخالف لأحكامها باطل ، ولا يجوز للشخص التنازل عن أهليته ولا التعديل في أحكامها (المادة ٥٠) .

أولاً- الأهلية :

الأهلية في اللغة : الصلاحية ، وفي اصطلاح الفقهاء : هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق المشروعة له ووجوبها عليه ، وصحة التصرفات منه . وهي نوعان :

(١) التلويح على التوضيح : ١٦٥ / ٢ وما بعدها .

أهلية وجوب ، وأهلية أداء^(١) .

أ- أهلية الوجوب : هي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام ، أو هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له كاستحقاق قيمة المتلف من ماله ، أو وجوبها عليه كالتزامه بثن المبيع وعوض القرض ، أي أن لهذه الأهلية عنصرين :

عنصر إيجابي : وهو صلاحية كسب الحقوق بأن يكون دائماً ، وهو عنصر الإلزام أو الدائنية .

وعنصر سلبي : وهو صلاحية تحمل الواجبات أو الالتزامات بأن يكون مديناً ، وهو عنصر الالتزام أو المديونية .

ومناط هذه الأهلية : هو الحياة أو الصفة الإنسانية^(٢) ، فكل إنسان حتى الجنين في بطن أمه له أهلية وجوب . فالأهلية تبدأ في الفقه مع بدء الشخصية ، فهي ملازمة للشخصية ، وصفة من صفات الشخصية . والشخصية تبدأ في فقها منذ بدء تكون الجنين في الرحم وتنتهي بالموت .

وفي القانون المدني تبدأ بتمام ولادة الإنسان حياً ، وتنتهي بموته (م ٣١)

والعنصر السلبي للأهلية (أي المديونية) يتطلب وجود شيء آخر في الشخصية وهو الذمة : وهي وصف شرعي مقدر كوعاء اعتباري في الشخص تثبت فيه الديون والالتزامات المترتبة عليه .

وبناء عليه : يتوقف ثبوت الحق للشخص على وجود أهلية فيه . وأما ثبوت الديون عليه فيتوقف على وجود ظرف اعتباري مفترض في كل شخص هو الذمة .

(١) مرآة الأصول : ٢ / ٤٣٥ ، التقرير والتعبير : ٢ / ١٦٤ ، كشف الأسرار على أصول البيزوي ص ١٣٥٧ ، حاشية نبات الأسحار : ص ٢٧٢ .

(٢) المدخل الفقهي العام للأستاذ الزرقاء : ف ٤٠٨ .

فيقال : لفلان في ذمة فلان مبلغ مالي كذا^(١) .

وأهلية الوجوب نوعان : ناقصة وكاملة .

فأهلية الوجوب الناقصة : هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له فقط أي تؤهله للإلزام ليكون دائماً لا مديناً . وثبتت للجنين في بطن أمه قبل الولادة . وسبب نقص أهليته أمران : فهو من جهة يعد جزءاً من أمه ، ومن جهة أخرى يعد إنساناً مستقلاً عن أمه ، متهيئاً للانفصال عنها بعد تمام تكوينه . لذا فإنه تثبت له بعض الحقوق الضرورية النافعة له : وهي التي لا تحتاج إلى قبول ، وهي أربعة أنواع^(٢) :

١ - النسب من أبويه .

٢ - الميراث من قريبه المورث ، فيوقف له أكبر النصيبين على تقدير كونه ذكراً أو أنثى .

٣ - استحقاق الوصية الموصى له بها .

٤ - استحقاقه حصته من غلات الوقف الموقوفة عليه .

لكن الحقوق المالية الثلاثة الأخيرة ليست للجنين فيها ملكية نافذة في الحال بل تتوقف على ولادته حياً . فإن ولد حياً ثبتت له ملكية مستندة إلى وقت وجود سببها أي بأثر رجعي . وإن ولد ميتاً رد نصيبه إلى أصحابه المستحقين له . فغلة الوقف تعطى لبقية المستحقين ، والموصى به يرد إلى ورثة الموصي ، وحصه الميراث المجمدة له توزع لبقية الورثة . وثبوت الحق للجنين في الوقف هو رأي الحنفية

(١) المرجع السابق : ف ٤١٠ ، مدخل نظرية الالتزام في الفقه للأستاذ الزرقاء أيضاً : ف ١١٨ وما بعدها .

(٢) كشف الأسرار على أصول البردوي : ص ١٣٥٩ وما بعدها ، القواعد لابن رجب الحنبلي : ص ١٧٨ وما بعدها .

والمالكية ، أما رأي الشافعية والحنابلة فلا يثبت له حق التملك إلا بالإرث والوصية ، فلا يصح عندهم الوقف على الجنين ، لأنه يشترط إمكان التملك في الحال وهو لا يملك .

أما الحقوق التي تحتاج إلى قبول كالشراء والهبة فلا تثبت له ، ولو مارسها عنه وليه (الأب أو الجد) إذ ليس له ضرورة بها ، ولأن الشراء له يلزمه بالثمن وهو ليس أهلاً للالتزام .

وأما الواجبات أو الالتزامات لغيره فلا تلزمه ، كنفقة أقاربه المحتاجين^(١) .

والخلاصة : أن الجنين له ذمة ناقصة تؤهله لاكتساب بعض الحقوق فقط ، وليست له ذمة كاملة صالحة لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات .

أهلية الوجوب الكاملة : هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له ، وتحمل الواجبات (أو الالتزامات) . وتثبت للشخص منذ ولادته حياً ، دون أن تفارقه في جميع أدوار حياته ، فيصلح لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات . ولا يوجد إنسان فاقد لهذه الأهلية .

وتحديد وجود الولادة : فيه رأيان للفقهاء ، قال الحنفية^(٢) : تثبت أهلية الوجوب بمجرد ظهور أثر الجنين حياً . وقال غير الحنفية^(٣) : لا تثبت هذه الأهلية إلا بتام ولادة الجنين حياً . وبهذا الرأي أخذ القانون المدني السوري (م ٣١) وقانون الأحوال الشخصية السوري (م ٢٣٦ ، ١ / ٢٦٠ ، ٢) .

وأما الحقوق الثابتة للطفل بعد الولادة : فهي التي تحصل له نتيجة التصرف

(١) قرر فقهاء الحنابلة إيجاب نفقة الأقارب على الحمل من ماله (القواعد لابن رجب : ص ١٨١) .

(٢) شرح السراجية : ص ٢١٦ وما بعدها .

(٣) المغني : ٢١٦/٦ وما بعدها .

الذي يمكن للولي أو الوصي أن يمارسه بالنيابة عنه ، كتملك ما يشتري له أو يوهب له .

وأما الالتزامات الواجبة على الطفل فهي كل ما يستطيع أدائه عنه من ماله ، سواء من حقوق العباد أو من حقوق الله ، وهي :

(١) الأعباء المالية في الأفعال المدنية كثن المشتريات وأجرة الدار ، أو في الأفعال الجنائية كتعويض المتلفات التي يتلفها من أموال الآخرين .

(٢) والضرائب المالية للدولة كعشر الزرع وخراج الأرض (ضريبة الأراضي الزراعية) وضريبة ورسوم الجمارك والمباني وضريبة الدخل ونحوها .

(٣) والصلات الاجتماعية المنوطة بالغنى كنفقة الأقارب والمعسرين وزكاة الفطر في رأي أبي حنيفة وأبي يوسف ^(١) . وزكاة المال في رأي جمهور الفقهاء غير الخفية ^(٢) ، رعاية لمصلحة الفقراء والمحتاجين والمجتمع بصفة عامة ، وهو رأي أقوم وأفضل وأحق بالعمل ، لا سيما في ظروفنا الحاضرة .

وأما الخفية فلم يوجبوا الزكاة في مال الصبي لأنهم اعتبروها عبادة مالية ، والطفل لا يكلف بالتكاليف الدينية إلا بعد البلوغ .

ويلاحظ أن أهلية الوجوب ، ولو كانت كاملة ليس لها أثر في إنشاء العقود ، فكل تصرف من الطفل غير المميز ، حتى ولو كان نافعا نفعاً محضاً له كقبول الهبة أو الوصية ، يعد باطلاً ، لأن عبارته ملغاة .

كذلك لا يجب على الطفل غير المميز شيء من العبادات الدينية كالصلاة والصوم والحج .

(١) التلويح على التوضيح : ١٦٣/٢ وما بعدها ، ط صبيح ، كشف الأسرار : ص ١٢٦ وما بعدها .

(٢) بداية المجتهد : ٢٣٦/١ وما بعدها ، ط الاستقامة .

وأما الذمة المالية فتثبت للطفل كاملة بمجرد الولادة وتلازمه طوال الحياة .

٢ - أهلية الأداء : هي صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه (أو لممارستها ومباشرتها) على وجه يعتد به شرعاً ، وهي ترادف المسؤولية ، وتشمل حقوق الله من صلاة وصوم وحج وسواها ، والتصرفات القولية أو الفعلية الصادرة عن الشخص . فالصلاة ونحوها التي يؤديها الإنسان تسقط عنه الواجب ، والجنائية على مال الغير توجب المسؤولية .

وأساس ثبوتها أو مناط هذه الأهلية هو التمييز أو العقل والإدراك ، فمن ثبتت له أهلية الأداء صحت عباداته الدينية كالصلاة والصوم ، وتصرفاته المدنية كالعقود^(١) .

ولا وجود لهذه الأهلية للجنين أصلاً ، ولا للطفل قبل بلوغ سن التمييز وهو تمام سن السابعة . فقبل التمييز تكون هذه الأهلية منعدمة ، والمجنون مثل غير المميز لا تترتب على تصرفاتها آثار شرعية ، وتكون عقودها باطلة ، إلا أنها يؤاخذان مالياً بالجنائية أو الاعتداء على نفس الغير أو على ماله . ويقوم الولي (الأب أو الجد) أو الوصي بمباشرة العقود والتصرفات التي يحتاجها الطفل غير المميز أو المجنون .

وأهلية الأداء نوعان : ناقصة وكاملة .

فأهلية الأداء الناقصة : هي صلاحية الشخص لصدور بعض التصرفات منه دون البعض الآخر ، وهي التي يتوقف نفاذها على رأي غيره ، وهذه الأهلية تثبت للشخص في دور التمييز بعد تمام سن السابعة إلى البلوغ . ويعد في حكم المميز : الشخص المعتوه الذي لم يصل به العته إلى درجة اختلال العقل وفقده ، وإنما يكون ضعيف الإدراك والتمييز .

(١) التلويح على التوضيح : ١٦٤/٢ وما بعدها ، كشف الأسرار : ص ١٣٦٨ وما بعدها .

ويفرق بالنسبة للمميز والمعتوه بين حقوق الله وحقوق العباد :

أما حقوق الله تعالى : فتصح من الصبي المميز كالإيمان والكفر^(١) والصلاة والصيام والحج ، ولكن لا يكون ملزماً بأداء العبادات إلا على جهة التأديب والتهذيب ، ولا يستتبع فعله عهدة في ذمته ، فلو شرع في صلاة لا يلزمه المضي فيها ، ولو أفسدها لا يجب عليه قضاؤها .

وأما حقوق العباد فعند الشافعي وأحمد : تعد عقود الصبي وتصرفاته باطلّة .

وأما عند الحنفية : فإن تصرفاته المالية أقسام ثلاثة : نافعة نفعاً محضاً وضارة ضرراً محضاً ، ودائرة بين النفع والضرر ، على النحو السابق الذي بيناه .

وأهلية الأداء الكاملة : هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات على وجه يعتد به شرعاً دون توقف على رأي غيره . وتثبت لمن بلغ الحلم عاقلاً أي للبالغ الرشيد ، فله بموجبها ممارسة كل العقود ، من غير توقف على إجازة أحد .

والبلوغ يحصل إما بظهور علامة من علاماته الطبيعية كاحتلام الولد (أي الإنزال) ومجيء العادة الشهرية (الحيض) عند الأنثى ، أو بتمام الخامسة عشرة عند جمهور الفقهاء غير أبي حنيفة لكل من الفتي والفتاة ، وعليه الفتوى والعمل ، جاء في المادة (٩٨٥ مجلة) : « يثبت حد البلوغ بالاحتلام والإحبال والحيض والحبل » ونصت المادة (٩٨٦ مجلة) : « على أن منتهى البلوغ خمس عشرة سنة » .

وقدر أبو حنيفة سن البلوغ بثاني عشرة سنة للفتى وسبع عشرة سنة للفتاة . وقدره الإمام مالك لها بتمام ثمان عشرة سنة ، وقيل بتمام السابعة عشرة سنة والدخول

(١) اختلف الفقهاء في صحة الكفر من الصبي بالنسبة لأحكام الدنيا مع اتفاقهم على اعتبار الكفر منه في أحكام الآخرة . فعند أبي حنيفة ومحمد : تعتبر منه رده ، فيحرم من الميراث وتبين امرأته . وعند أبي يوسف والشافعي : لا يحكم بصحة رده في أحكام الدنيا ، لأن الارتداد ضرر محض لا يشوبه منفعة ، فلا يصح من الصبي ولا يحرم من الإرث ولا تبين منه امرأته بالردة .

في الثامنة عشرة^(١) .

والسبب في ارتباط هذه الأهلية بالبلوغ : هو أن الأصل فيها أن تتحقق بتوافر العقل ، ولما كان العقل من الأمور الخفية ارتبط بالبلوغ ، لأنه مظنة العقل ، والأحكام ترتبط بعلة ظاهرة منضبطة ، فيصبح الشخص عاقلاً بمجرد البلوغ ، وتثبت له حينئذ أهلية أداء كاملة ما لم يعترضه عارض من عوارض الأهلية . وعندها يصبح الإنسان أهلاً للتكاليف الشرعية ، ويجب عليه أداؤها ، ويأثم بتركها ، وتصح منه جميع العقود والتصرفات ، وتترتب عليه مختلف آثارها ويؤاخذ شرعاً على جميع الأعمال أو الأفعال الجنائية الصادرة عنه .

أدوار الأهلية :

يفهم مما سبق أن أهلية الإنسان من مبدأ حياته في بطن أمه إلى اكتمال رجولته تمر في مراحل أو أدوار خمسة هي :

دور الجنين ، ودور الطفولة (عدم التمييز) ، ودور التمييز ، ودور البلوغ ، ودور الرشد^(٢) .

الدور الأول - دور الجنين : يبدأ من بدء الحمل وينتهي بالولادة ، وفيه تثبت للجنين أهلية وجوب ناقصة تمكنه من ثبوت أربعة حقوق ضرورية له ذكرناها سابقاً ، وليست له أهلية أداء ولا ذمة مالية .

الدور الثاني - دور الطفولة : ويبدأ من وقت الولادة ويستمر إلى وقت التمييز وهو بلوغ السابعة من العمر . وفيه تثبت للطفل غير المميز أهلية وجوب

(١) تفسير القرطبي : ٢٧/٥ ، الشرح الكبير : ٢٩٣/٢ .

(٢) راجع التقرير والتحبير : ١٦٦/٢ وما بعدها ، مرآة الأصول : ٤٥٢/٢ وما بعدها ، فوائح الرجوح : ١٥٦/١ وما بعدها ، حاشية نبات الأسفار : ص ٢٧٣ ، التلويح على التوضيح ، كشف الأسرار ، المرجعان السابقان .

كاملة ، فيستحق الحقوق ويلتزم بالواجبات التي تكون نتيجة ممارسة وليه بعض التصرفات نيابة عنه ، فإذا اشترى له أو وهب له ملك ، ووجب عليه العوض في المعاوضات المالية . وتكون له ذمة كاملة .

وليست له أهلية أداء ، فتكون أقواله كلها هدرأ ، وعقوده باطلة ، حتى ولو كانت نافعة نفعاً محضاً له كقبول الهبة أو الوصية وينوب عنه فيها وليه الشرعي أو وصيه . جاء في المادة (٩٦٦ مجلة) : « لا يصح تصرفات الصغير غير المميز وإن أذن له وليه » .

كذلك تكون أفعاله هدرأ سواء أكانت دينية كالصلاة والصيام فلا تصح منه ، أو مدنية كقبض المبيع أو الوديعة أو القرض ، فلا تصح .

وأما جنائياته كالقتل والضرب والقطع فلا تستوجب العقوبة البدنية ، كالتقصاص والحبس ، ولا يحرم من الميراث بقتل مورثه لسقوط المؤاخذه عنه ، وإنما يلزم في ماله بدفع التعويض أو ضمان ما أتلفه من الأنفس والأموال حفاظاً عليها .

الدور الثالث - دور التمييز : يبدأ بعد سن السابعة ويستمر إلى البلوغ عاقلاً .

ومعنى التمييز: أن يصبح الولد بحالة يميز فيها بين الخير والشر ، والنفع والضرر ، ويعرف معاني الألفاظ إجمالاً . فيدرك أن البيع مثلاً سالب للمال وأن الشراء جالب للملك .

وفيه تثبت للمميز أهلية أداء ناقصة : دينية ، ومدنية ، فتصح منه العبادات البدنية كالصلاة والصيام ، ويثاب عليها ، وإن لم تكن مفروضة عليه . كما تصح منه مباشرة التصرفات المالية ، مثل قبول الهبة أو الصدقة مطلقاً ، والبيع والشراء موقوفاً على إجازة وليه . ولا يصح منه التصرف الضار بمصلحته كالتبرع بشيء من أمواله ، على ما سبق بيانه .

الدور الرابع - دور البلوغ : يبدأ من البلوغ إلى وقت الرشد . وقد اتفق الفقهاء عملاً بالآيات القرآنية^(١) والأحاديث النبوية^(٢) على أن البالغ يصبح مكلفاً بجميع التكاليف الشرعية . وتكتمل لديه أهلية الأداء الدينية ، فيطالب بالإيمان بعناصره الستة (بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر وبالقدر خيره وشره) وبالإسلام بأركانه الخمس (شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمد رسول الله ، وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة ، وصوم رمضان ، وحج البيت من استطاع إليه سبيلاً) . وتطبيق أحكام الشريعة من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، والجهاد في سبيل الله ، واحترام الأموال والأنفس والأعراض ، واجتناب المحظورات الشرعية والمعاصي والمنكرات التي تضر بمصلحة الفرد والجماعة .

وأما أهلية الأداء المدنية : فتكتمل عند الفقهاء ، خلافاً للقانون ، بسن البلوغ إذا بلغ الولد راشداً . فتنفذ تصرفاته المالية وتسلم إليه أمواله . فإن لم يؤنس منه الرشد ، فلا تنفذ تصرفاته ، ولا تسلم إليه أمواله ؛ لأن الشرع جعل البلوغ أمانة على كمال العقل ، فإن ثبت العكس عمل به .

الدور الخامس - دور الرشد : الرشد أكمل مراحل الأهلية ، ومعناه عند الفقهاء^(٣) : حسن التصرف في المال من الوجهة الدنيوية ، ولو كان فاسقاً من الوجهة الدينية (م ٩٤٧ مجلة) ويتوافر بتحقيق الخبرة المالية بتدبير الأموال وحسن استثمارها . وهو أمر يختلف باختلاف الأشخاص والبيئة والثقافة .

(١) مثل قوله تعالى : ﴿ وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح... ﴾ .

(٢) مثل قول النبي ﷺ : « رفع القلم عن ثلاثة : عن المجنون المغلوب على عقله حتى يبرأ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم » رواه أحمد في مسنده وأبو داود والحاكم عن علي وعمر .

(٣) هذا ما فسره ابن عباس ، وهو مذهب الحنفية والمالكية . ويرى الشافعي أن الرشد : هو أن يتصف بالبلوغ والصلاح لدينه وماله (الدر المختار : ١٠٥ / ٥ ، بداية المجهتد : ٢٧٨ / ٢ ، الشرح الصغير : ٣ / ٢٩٢ ، المغني : ٤ / ٤٦٧ ، مغني المحتاج : ٢ / ٧ ، ١٦٨) .

فقد يرافق البلوغ، وقد يتأخر عنه قليلاً أو كثيراً، وقد يتقدمه، لكن لا اعتبار له قبل البلوغ، ومرجعه إلى الاختبار والتجربة عملاً بالآية القرآنية: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح، فإن آنستم منهم رشداً، فادفعوا إليهم أموالهم﴾.

وبناء عليه: إذا بلغ الشخص رشيداً كملت أهليته، وارتفعت الولاية عنه، وسلمت إليه أمواله، ونفذت تصرفاته وإقراراته.

وإن بلغ غير رشيد بقي ناقص أهلية الأداء، واستمرت الولاية المالية عليه عند جمهور الفقهاء، فلا تنفذ تصرفاته، ولا تسلم إليه أمواله. أما الولاية على النفس كالتأديب والتطبيب والتعليم والتزويج فترتفع عنه بمجرد بلوغه عاقلاً، أي أن اشتراط الرشد محصور في التصرفات المالية، وأما غير ذلك كالزواج والطلاق فإنها نافذة منه بمجرد البلوغ عاقلاً.

وخالف أبو حنيفة في هذا فقال: إذا بلغ الشخص عاقلاً غير رشيد كملت أهليته، وارتفعت الولاية عنه، احتراماً لأدميته وحفاظاً على كرامته، ولكن لا تسلم إليه أمواله على سبيل الاحتياط والتأديب، لا على سبيل الحجر عليه، لأنه لا يرى الحجر على السفیه (أي المبذر)، وأما منع أمواله عنه فينتهي: إما بالرشد فعلاً، أو ببلوغه خمساً وعشرين سنة^(١).

وليس للرشد سن معينة عند جمهور الفقهاء، وإنما الأمر متروك لاستعداد الشخص وتربيته وبيئته، وليس في النصوص الشرعية تحديد له.

أما قانون الأحوال الشخصية السوري (م ١٦) والقانون المدني السوري (م ٤٦)

(١) الدر المختار ورد المختار: ١٠٤/٥، بداية المجتهد: ٢٧٦/٢ وما بعدها.

فقد حدد سن الرشد فيها بـ ١٨ سنة ميلادية كاملة ، وفي القانون المصري بـ ٢١ سنة .
فما قبل هذه السن لا تسلم للشخص أمواله ، ولا تنفذ تصرفاته ، فإذا بلغ الإنسان هذه
السن سلمت إليه أمواله إذا لم يكن محجوراً عليه .

ورفع سن الرشد إلى هذا الحد يتفق مع ظروف الحياة الحديثة ، التي تعقدت
فيها المعاملات ، وتدهورت فيها الأخلاق ، وشاع الخداع والاحتيال ، ولا مانع في
الشرعية من ذلك عملاً بما تقتضيه المصلحة في حماية الناشئة وصيانة أموالهم .

عوارض الأهلية

أهلية الأداء : هي أساس التعامل والتعاقد كما عرفنا ، إلا أن هذه الأهلية قد
يعترضها بعض العوارض فتؤثر فيها ، والعوارض : هي ما يطرأ على الإنسان فيزيل
أهليته أو ينقصها أو يغير بعض أحكامها . وهي نوعان عند علماء أصول الفقه :

- ١ - عوارض سببية : وهي التي لم يكن للشخص في إيجادها اختيار واكتساب .
 - ٢ - وعوارض مكتسبة : وهي التي يكون للشخص دخل واختيار في تحصيلها .
- والعوارض السببية أكثر تغييراً وأشد تأثيراً ، مثل الجنون والعتة والإغماء
والنوم ، ومرض الموت .

والعوارض المكتسبة : مثل السكر والسفه والدين .

وسأقتصر هنا على إعطاء فكرة موجزة عن هذه العوارض ، ما عدا مرض الموت
والدين فإنها يتطلبان مزيداً من البحث والإيضاح .

١ - الجنون : اختلال في العقل ينشأ عنه اضطراب أو هيجان^(١) . وحكمه أنه

(١) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف ٤٦٠ .

سواء أكان مطبقاً (مستتراً) أم غير مطبق (متقطع) معدم للأهلية حال وجوده ، فتكون تصرفات المجنون القولية والفعلية كغير المميز لاغية باطلة لا أثر لها .

ولكنه يطالب بضمان أفعاله الجنائية على النفس أو المال^(١) . جاء في المادة (٩٧٩) مجلة) : « المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز » .

٢- العته : ضعف في العقل ينشأ عنه ضعف في الوعي والإدراك ، يصير به المعتوه مختلط الكلام ، فيشبه مرة كلام العقلاء ، ومرة كلام المجانين . ويتميز المعتوه عن المجنون بالهدوء في أوضاعه فلا يضرب ولا يشتم كالمجنون . فالمعتوه إذاً : هو من كان عليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير . وحكمه حكم الصبي المميز كما سبق ، أي أن لصاحبه أهلية أداء ناقصة^(٢) .

٣- الإغماء : تعطل القوى المدركة المحركة حركة إرادية بسبب مرض يعرض للدماغ أو القلب . وهو يشبه النوم في تعطيل العقل ، إلا أن النوم عارض طبيعي ، والإغماء غير طبيعي ، فيكون حكمها واحداً في التصرفات ، وهو إلغاؤها وبطلانها لانعدام القصد عند المغمى عليه^(٣) .

٤- النوم : فتور طبيعي يعتري الإنسان في فترات منتظمة أو غير منتظمة لا يزيل العقل ، بل يمنعه عن العمل ، ولا يزيل الحواس الظاهرة ، بل يمنعها أيضاً عن العمل . وعبارات النوم كالمغمى عليه لا اعتبار لها إطلاقاً^(٤) .

(١) مرآة الأصول: ٢ / ٤٢٩ ، التقرير والتحبير: ٢ / ١٧٢ ، كشف الأسرار: ص ١٠٨٢ ، التلويح على التوضيح: ٢ / ١٦٧ .

(٢) المراجع السابقة: المرآة: ٢ / ٤٤١ ، التقرير والتحبير: ٢ / ١٧٦ ، كشف الأسرار: ٢ / ١٣٩٤ الدر المختار ورد المختار: ٥ / ١٠٠ ، التلويح: ٢ / ١٦٨ .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) المراجع السابقة .

٥- السكر: حالة تعرض للإنسان من امتلاء دماغه من الأبخرة المتصاعدة إليه ، فيتعطل معه عقله المميز بين الأمور الحسنة والقبیحة . وهو نوعان : سكر بطريق مباح كالحاصل من الدواء أو البنج ، أو حالة الاضطراب أو الإكراه . وسكر بطريق حرام كالحاصل من الخمر أو أي مسكر آخر حتى البيرة . والسكر بنوعيه لا يذهب العقل ، بل يعطله فترة من الزمن ، ويزيل الإرادة والقصد .

وحكمه على المشهور عند المالكية وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة^(١) : أنه يبطل العبارة ولا يترتب عليها التزام ، فتبطل عقودها وتصرفاته لعدم سلامة القصد أو الإرادة ، سواء أكان بطريق مباح أو محظور ، فلا يصح يمينه وطلاقه وإقراره ولا بيعه وهبته ولا سائر أقواله^(٢) . إلا أن المالكية قالوا في الطلاق : لو سكر سكرًا حرامًا صح طلاقه ، إلا أن لا يميز فلا طلاق عليه لأنه صار كالمجنون .

وقال جمهور الفقهاء (غير المذكورين)^(٣) : يفرق بين السكر بمباح فليس لعبارته أي اعتبار ، وبين السكر بمحرم فتقبل عبارته زجرًا له وعقابًا على تسببه في تعطيل عقله ، فتعد تصرفاته من قول أو فعل صحيحة نافذة ، عقابًا وزجرًا له ولأمثاله ، سواء في ذلك الزواج والطلاق والبيع والشراء والإجارة ، والرهن والكفالة ونحوها .

٦- السفه : خفة تعتري الإنسان ، فتحمله على العمل بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة ، والمراد به هنا ما يقابل الرشد : وهو تبذير المال

(١) الشرح الكبير: ٥/٣، ٢٦٥/٢، أعلام الموقعين: ٤٨/٤، ط السعادة، زاد المعاد: ٤٠/٤ وما بعدها، غاية المنتهى: ١١٣/٣ .

(٢) وهذا رأي الإمام أحمد في رواية عنه اختارها جماعة من الحنابلة ، والطحاوي والكرخي وأبي يوسف وزفر من الحنفية ، والمزني وابن سريج وغيرها من الشافعية . وبه أخذ قانون الأحوال الشخصية في سورية ومصر .

(٣) كشف الأسرار: ص ١٤٧١ ، التلويح: ١٧٥/٢ ، التقرير والتحجير: ١٩٣/٢ ، مرآة الأصول: ٤٥٤/٢ .

وإنفاقه في غير حكمة ، ولو في أمور الخير عند الحنفية^(١) (م ٩٤٦ مجلة) كبناء المساجد والمدارس والملاجئ .

والسفه لا يؤثر في الأهلية ، فيظل السفه كامل الأهلية ، لكنه يمنع من بعض التصرفات .

الحجر على السفه^(٢) : قد يبلغ الشخص سفياً ، وقد يطرأ عليه السفه بعد بلوغه راشداً .

أ- من بلغ سفياً : اتفق الفقهاء على أن الصبي إذا بلغ سفياً يمنع عنه ماله ، ويظل تحت ولاية وليه ، لقوله تعالى : ﴿ ولا تؤولوا أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها ﴾ . ويستمر هذا المنع أبداً عند جمهور الفقهاء والصاحبين ، حتى يتحقق رشده لقوله تعالى : ﴿ فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ﴾ .

جاء في المادة (٩٨٢ مجلة) : « إذا بلغ الصبي غير الرشيد لم تدفع إليه أمواله ، ما لم يتحقق رشده ، ويمنع من التصرف كما في السابق » .

وقال أبو حنيفة : تنتهي فترة منع ماله عنه ببلوغه خمساً وعشرين سنة ؛ لأن هذه السن غالباً يتحقق فيها الرشد ، فإن لم يرشد لا ينتظر منه رشد بعدئذ . وأما تصرفاته في فترة منع ماله عنه فلا ينفذ منها إلا ما كان نافعاً نفعاً محضاً له أو الوصية في حدود الثلث ، أو كانت لا تقبل الفسخ : وهي الزواج والطلاق والرجعة واليمين . ويمنع من باقي التصرفات .

ب- من بلغ رشيداً ثم صار سفياً : لا يجوز أبو حنيفة الحجر عليه ، لأنه حر في تصرفاته ، والحجر ينافي الحرية ، وفيه إهدار لإنسانيته وكرامته .

(١) الدر المختار : ١٠٢/٥ تبين الحقائق : ١٩٢/٥ . إلا أن الشافعي لم يجعل الإسراف في وجوه البر سفهاً (مغني المحتاج : ١٦٨/٢) .

(٢) الحجر : هو منع نفاذ التصرفات القولية .

وقال جمهور الفقهاء، والصاحبان (أبو يوسف ومحمد) وبرأيها يفتى في المذهب الحنفي: يجوز الحجر على السفية، رعاية لمصلحته، ومحافظة على ماله، حتى لا يكون عالية على غيره. ويكون حكمه حينئذ حكم الصبي المميز في التصرفات^(١)؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ وقوله سبحانه: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا، أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَمْلُهُهُ، فَلْيَلْهُهُ وَلْيَهُ بِالْعَدْلِ﴾ مما يدل على ثبوت الولاية على السفية^(٢). إلا أن الحجر على السفية في هذه الحالة يكون بحكم قضائي، بالثبوت من السفه أو التبذير، ومنعاً من إلحاق الضرر بمن يتعامل مع السفية من غير بينة وتحقق من حاله. وهذا رأي أبي يوسف والشافعي وأحمد ومالك رحمهم الله تعالى.

والحجر في هذه الحالة محصور في التصرفات التي تحمل الفسخ، ويبطلها الهزل كالبيع والإجارة والرهن. أما التصرفات التي لا تحمل الفسخ ولا يبطلها الهزل كالزواج والطلاق والرجعة والخلع، فلا يحجر عليه بالإجماع.

الغفلة والسفه :

الغفلة ملحقة بالسفه من ناحية جواز الحجر عند جمهور الفقهاء وعدمه عند أبي حنيفة^(٣). وذو الغفلة: هو من لا يهتدي إلى أسباب الربح والخسارة، كما يهتدي غيره، وإنما يخدع بسهولة بسبب البساطة وسلامة القلب، مما يؤدي إلى غيبته في المعاملات. وحكم المغفل والسفيه سواء. أما الفرق بينهما فهو أن المفيه كامل

(١) وعليه نصت المادة (٩٩٠ مجلة): «السفيه المحجور عليه هو في المعاملات كالصغير المميز...».

(٢) كشف الأسرار: ص ١٤٨٩، التلويح على التوضيح: ١٩١/٢، التقرير والتحجير: ٢٠١/٢، مرآة الأصول:

٤٥٩/٢، الدر المختار: ١٠٢/٥ وما بعدها، بداية المجتهد: ٢٧٦/٢، ٢٧٩، مغني المحتاج: ١٧٠/٢، المغني:

٤٦٩/٤، الشرح الصغير: ٣٨٢/٣ وما بعدها.

(٣) تبين الحقائق: ١٩٨/٥.

الإدراك ، ويرجع سوء تصرفه إلى سوء اختياره . وأما ذو الغفلة : فهو ضعيف الإدراك ، ويرجع سوء تصرفه إلى ضعف عقله وإدراكه للخير والشر .

٧- الدين أو المديونية :

الخلاف الذي ذكرناه في السفه والغفلة من ناحية الحجر وعدمه يجري في الدين . فأبو حنيفة لا يجيز الحجر على المدين ، وإن استغرق دينه ماله ، لأنه كامل الأهلية بالعقل ، فلا حجر عليه ، حفاظاً على حرите في التصرف وإنسانيته . وإنما يؤمر بسداد ديونه ، فإن أبي يحبس لبييع ماله بنفسه ويؤدي ما عليه من الديون .

وقال الصحابان (أبو يوسف ومحمد) والأئمة الثلاثة : (مالك والشافعي وأحمد)^(١) : يحجر القاضي على المدين الذي ترتبت عليه ديون حالة الأجل ، وكانت ديونه مستغرقة لماله (أي محيطة بها) وطلب الدائنون الغرماء الحجر عليه^(٢) . وهذا هو المفلس ، والمفلس لغة : من لا مال له ، وشرعاً ، من دينه أكثر من ماله . وأجاز المالكية الحجر على المدين المفلس دون حاجة لحكم قضائي ، أي على الغريم نفسه ، ولو كان الدين المحيط بالمال مؤجلاً .

وبالحجر على المدين تنتقص أهليته ، ويصبح كالصغير المميز ، ومتى وقع الحجر عليه صارت تصرفاته المالية التي تضر بدائنيه موقوفة على إجازتهم ، سواء أكانت تلك التصرفات تبرعات محضة كالهبة أو الوقف ، أم معاوضات مشتملة على المحاباة في

(١) تبين الحقائق : ٥ / ١٩٩ ، رد المحتار على الدر المختار : ٥ / ١٠٢ ، وما بعدها ، الشرح الصغير : ٢ / ٢٤٦ ، مغني المحتاج : ٢ / ١٤٦ ، غاية المنتهى : ٢ / ١٢٩ ، القواعد لابن رجب : ص ١٤ ، بداية المجتهد : ٢ / ٢٨٠ . هذا مع العلم بأن أصل المذهب الحنفي عدم جواز الحجر بسبب الدين . لكن الملقى به عند الحنفية هو قول الصحابين وهو جواز الحجر .

(٢) نصت المادة (٩٩٨ مجلة) على ما يأتي « لو ظهر عند الحاكم بماطلة المديون في أداء دينه حال كونه مقتدرأ ، وطلب الغرماء بيع ماله وتأدية دينه حجر الحاكم ماله . وإذا امتنع عن بيعه وتأدية الدين باعه الحاكم وأدى دينه . . . » ونصت المادة (٩٩٩) على جواز حجر الحاكم المدين المفلس الذي دينه مساو لماله أو يزيد . . .

الثن ، كالبيع بأقل من القيمة ، أو الشراء بأكثر من القيمة ، فإن أجازوا التصرف نفذ ، وإن رفضوه بطل .

وهذا يعني عند الحنفية : أنه إذا صح الحجر على المدين ، صار المحجور كمريض عليه ديون الصحة ، فكل تصرف أدى إلى إبطال حق الدائنين الغرماء ، فالحجر (أي المنع من التصرف) يؤثر فيه كالهبة والصدقة .

وأما البيع : فإن كان بمثل القيمة جاز ، وإن كان بغبن فلا يجوز ، ويتخير المشتري بين إزالة الغبن ، وبين الفسخ ، كبيع المريض .

ويجوز له الزواج بمهر المثل والطلاق والخلع ونحو ذلك ، كما يجوز له قبول الهبات والتبرعات .

٨- مرض الموت :

البحث فيه يتناول تعريفه وما يلحق به ، والحقوق المتعلقة به ، وحقوق المريض نفسه ، وحقوق الدائنين والموصى لهم والورثة ، وتصرفات المريض نفسه ، وإقراره^(١) .

أ- تعريفه : هو المرض الذي يعجز الرجل أو المرأة عن ممارسة أعمالها المعتادة ويتصل به الموت قبل مضي سنة من بدئه ، إذا لم يكن في حالة تزايد أو تغير ، فإن كان يتزايد اعتبر مرض موت من تاريخ اشتداده أو تغيره ، ولو دام أكثر من سنة (م ١٥٩٥ مجلة)

ويقال لصاحبه : المريض ؛ ويقابله : الصحيح . وهذا هو مراد فقهاء الحنفية

(١) راجع التلويح على التوضيح : ١٧٧ / ٢ ، كشف الأسرار : ص ١٤٢٧ ، التقرير والتحرير : ١٨٦ / ٢ ، مرآة الأصول : ٤٤٧ / ٢ ، البدائع : ٢٢٤ / ٧ وما بعدها ، الدر المختار : ٤٨١ / ٤ وما بعدها .

عند إطلاق كلمة « المريض » أي من هو في مرض الموت . أو كلمة « الصحيح » أي من ليس في حال مرض الموت ، ولو كان مريضاً بمرض آخر .

ولا بد لتوافر معنى مرض الموت من أمرين : أن يكون مما يغلب فيه الهلاك عادة وأن يتصل به الموت فعلاً ، ولو من حادث آخر كالقتل والحرق والغرق وغيرها .
وبناء عليه ألحق الفقهاء به حالات مثل ^(١) :

ركاب سفينة جاءتها ريح عاصف ، وظنوا أن الموت نازل بهم ، الأسرى لدى دولة اعتادت قتلهم .

المجاهد الذي خرج للقاء العدو بائعاً نفسه في سبيل الله والوطن .

ب - حكمه والحقوق المتعلقة به : مرض الموت لا ينافي أهلية وجوب الأحكام الشرعية في حقه ، سواء حقوق الله وحقوق العباد وأهلية العبادة ، لأنه لا تأثير له على الذمة والعقل والنطق .

ولا ينافي أيضاً أهلية الأداء ؛ لأنه لا يخل بالعقل ، فتجب للمصاب به حقوق غيره ، كما تجب على الصحيح . وتظل عباراته وأقواله معتبرة كالبيع والهبة والإجارة والزواج والطلاق وسائر التصرفات .

إلا أنه يحجر عليه ويمنع من بعض التصرفات كالمديون حماية لحقوق الدائنين التي تصبح متعلقة بماله بعد أن كانت متعلقة بذمته فقط ، وحماية لحقوق الورثة أيضاً التي تصبح متعلقة بأعيان وموجودات التركة نفسها في رأي أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه .

ج - حقوق المريض الخاصة : تصرفات المريض الضرورية الخاصة بشخصه

(١) الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى : ص ٣٤٠ .

وأسرته نافذة ، لا تتوقف على إجازة أحد ، وهي ما يلي :

أولاً- النفقات الضرورية اللازمة للطعام والكسوة والسكنى له ولبن تلزمه نفقته ، أو اللازمة للعلاج كأجر الطبيب وثن الدواء وأجور عملية جراحية ونحوها .

ثانياً- الزواج : للمريض إبرام عقد زواج ، لأنه قد يحتاج إلى من يخدمه أو يؤنسه ، بشرط ألا يزيد المهر الذي يحدده على مهر المثل ، فإن زاد عليه كانت الزيادة تبرعاً وصية موقوفة على إجازة الورثة إن زادت على ثلث التركة ، فإن كانت في حدود هذا الثلث نفذت بدون إجازتهم .

ثالثاً- الطلاق : الطلاق نافذ أثناء مرض الموت باتفاق الفقهاء ، لكنه إذا كان بائناً بغير رضا المرأة ومات الرجل في أثناء العدة ، استحققت الميراث منه ، لأنه بطلاقها يعتبر فاراً (هارياً) من ميراثها ، فيعامل بنقيض مقصوده . وهذا رأي الحنفية ، وعليه العمل في المحاكم الحالية^(١) . والخلع جائز أيضاً كالطلاق لكن الرجل لا يستحق من بدل الخلع الذي تدفعه المرأة له إذا ماتت في العدة إلا الأقل من ثلاثة (بدل الخلع ، وثلث تركة الزوجة ، ونصيب الزوج من ميراثه منها) . وإن ماتت بعد العدة استحق الأقل من اثنين (بدل الخلع ، وثلث التركة) .

رابعاً - العقود الواردة على المنافع ، سواء أكانت بعوض أم بغير عوض كالإجارة والإعارة والمزارعة والمساقاة ونحوها . للمريض مباشرة هذه العقود ولو كان العقد بأقل من عوض المثل ، دون أن يحق لأحد من الورثة أو الدائنين الاعتراض عليه ؛ لأن المنافع ليست أموالاً في مذهب الحنفية ، فلا يتعلق بها حق لأحد الورثة أو الدائنين ، ولأن التصرف في المنافع ينتهي بمجرد موت أحد العاقدين ، فلا يكون

(١) هناك آراء أخرى : يرى الحنابلة أنها تستحق الميراث ولو انقضت عدتها ما لم تتزوج قبل موته . ويرى المالكية : أنها تستحق الميراث ولو تزوجت غيره قبل الموت . وقال الشافعية : لا تستحق الميراث أصلاً ، ولو مات زوجها وهي في العدة .

هناك حاجة لاعتراض الدائنين أو الورثة . وأما غير الحنفية الذين يعدون المنافع أموالاً ، فإن التصرف فيها خاضع لإجازة أصحاب الحق .

خامساً - العقود المتعلقة بالربح ولا تمس رأس المال كالشركة والمضاربة تصحان من المريض ، ولو بغبن ؛ لأن الربح كالمنافع لا حق لأحد فيه ، ولأن الشركة تبطل بموت المريض ، فلا ضرر فيها على أحد ؛ لأن حقوق الورثة أو الدائنين تتعلق بأعيان التركة أو بماليتها .

والخلاصة : أن كل تصرف يضطر إليه المريض ، أو لا يمس حقوق الدائنين أو الورثة هو نافذ لا يتوقف على إجازة أحد .

د - حقوق الدائنين : تأتي بعد حقوق المريض الخاصة . فإذا كان المريض مديناً منع من التصرف الضار بمصلحة الدائنين . وعليه إذا كان المريض مديناً بدين مستغرق (محيط بكل ماله) منع من التبرعات أو ما في حكمها ، كالهبة والوقف والوصية بشيء من أمواله ، والبيع أو الشراء بالمحاباة . ويكون تصرفه موقوفاً على إجازة الدائنين بعد وفاة المريض .

وإن كان المريض مديناً بدين غير مستغرق ، اعتبر تصرفه مع غير الوارث نافذاً إذا لم يشتمل على غبن فاحش . أما إذا حدث التصرف مع وارث ، فله حكم الوصية : ينفذ من الثلث بعد وفاء الديون . ويتوقف على إجازة الورثة فيما يزيد عن الثلث .

هـ - حقوق الموصى له : للمريض أن يوصي بقدر ثلث التركة ، فإذا مات مديناً بدين مستغرق للتركة بطلت الوصية ، إلا إذا أجازها الدائنون . وإذا لم يكن مديناً أو مديناً بدين غير مستغرق نفذت الوصية لأجنبي في حدود ثلث التركة . وإن كانت الوصية لوارث صارت موقوفة على إجازة الورثة ، مهما كان الموصى به ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا وصية لوارث » .

و- حقوق الورثة: تتعلق حقوق الورثة بثلاثي تركة المريض بعد وفاء الديون وتنفيذ الوصايا . فإن لم يكن هناك ديون ولا وصايا استحقوا التركة كلها . وإذا تآتي حقوقهم بعد حقوق الدائنين والموصى لهم . وبناء عليه : كل تصرف من المريض لا يضر بحقوق الورثة يكون صحيحاً نافذاً لا اعتراض لأحد عليه . وإن كان التصرف ضاراً بحقوقهم ، كان لهم مع نفاذه حال الحياة حق إبطاله بعد الموت إن كان مما يقبل الفسخ كالتبرعات .

لكن ما هو نوع حق الورثة بالتركة : هل هو حق شخصي أم حق عيني^(١) ؟

قال أبو حنيفة : يتعلق حق الورثة بمالية التركة إن تصرف المريض لأجنبي غير وارث ، ويتعلق حقهم بأعيان التركة وذاتها نفسها إن تصرف المريض لوارث ، أي أن حقهم في الحالة الثانية حق عيني ، وفي الأولى حق شخصي . وبناء عليه : يصح تصرف المريض لغير الوارث ببعض أموال التركة بمثل القيمة ، دون اعتراض من أحد الورثة . ولا يصح تصرف المريض لوارث ببعض أموال التركة ولو بقيته بلا أي غبن . ويحق لباقي الورثة نقض هذا التصرف لما فيه من ضرر بمصلحتهم ؛ لأن حقهم تعلق بأعيان التركة ، وإيثار بعض الورثة على بعض لا يجوز . أما في حال تصرف المريض مع غير الورثة فإن حقهم تعلق بقيمة التركة أو مالتها .

وقال الصحابان (أبو يوسف ومحمد) : يتعلق حق الورثة كحق الدائنين العاديين بمالية التركة ، أي بقيتها ، لا بأعيانها ، سواء أكان تصرف المريض مع وارث أم غير وارث . فيصح تصرف المريض بمال مطلقاً (لوارث أو لغير وارث) إذا كان

(١) الحق الشخصي: هو علاقة بين شخصين يكون أحدهما مكلفاً تجاه الآخر بعمل أو بالامتناع عن عمل كحق الدائن في ذمة المدين ، أو حق المودع على الوديع في ألا يستعمل الوديعة . والحق العيني: علاقة مباشرة بين شخص وشيء معين بناته مثل حق الملكية على الأموال وحق الارتفاق المقرر على عقار معين مثل حق المرور أو المسيل .

بشئ المثل أي بدون غبن ، إذ ليس فيه ضرر بباقي الورثة ؛ لأن حقوقهم في التركة متعلقة بناحية أنها مال فقط .

والخلاصة : أن هناك - على الرأي الراجح رأي أبي حنيفة - فرقا بين حق الدائنين وحق الورثة : هو أن حق الدائنين يتعلق بمال المدين فقط ، لا بأعيان التركة نفسها . حتى جاز للمريض مبادلة مال يبعأ أو شراءً دون حاجة لإذن الدائن ، ويجوز للورثة إعطاء الدائن دينه تقداً ، ثم يتصرفون بأعيان التركة كما يشاؤون .

ز- تصرفات المريض : إذا كان التصرف الصادر من المريض لا يقبل الفسخ أو الإبطال كالزواج والطلاق والرجعة والعفو عن القصاص ، نفذ بعد الموت في حدود ثلث التركة . وإن كان التصرف قابلاً للفسخ ، كان موقوفاً على إجازة أصحاب الحق بعد الوفاة إذا كان ضاراً بمصلحتهم كالترجع والهبة والوقف وبيع المحاباة ، وكالبيع المشتمل على غبن . فإن كان التصرف لا غبن فيه ، ومع أجنبي غير وارث ، نفذ ولم يتوقف على إجازة أحد .

ح- إقرار المريض : للمريض أن يقر بدين عليه لأجنبي أو لوارث . فإن كان لأجنبي غير وارث فهو صحيح نافذ دون حاجة لإجازة الورثة ، ولو أحاط الإقرار بجميع ماله (م ١٦٠١ مجلة) ، لكن تقدم عليه عند الحنفية ديون الصحة^(١) .

وإن كان الإقرار لوارث فلا ينفذ إلا بإجازة باقي الورثة ، فإن أجازوه نفذ ، وإلا بطل . لكن يصح الإقرار لوارث استثناء كما في حال الإقرار بقبض أمانته الموجودة عند وارث ، أو باستهلاك الأمانة أو الوديعة الموجودة عنده لوارث (م ١٥٩٨ مجلة) .

(١) ديون الصحة : هي الديون التي تثبت قبل مرض الموت ، ولو بالإقرار وحده حينئذ . وقال غير الحنفية : دين الصحة ودين المرض يتساويان ، فلا يقدم دين الصحة على دين المرض ، لأنها حقان ثابتان .

ثانياً- الولاية :

معناها والفرق بينها وبين الأهلية ، صلتها بالعقد ، أنواعها ، الأولياء ودرجاتهم ، محتاجو الولاية ، مبدأ الولاية ، شروط الولاية ، تصرفات الولي (مدى صلاحياته) .

تعريف الولاية : الولاية في اللغة : هي تولى الأمر والقيام به أو عليه . وفي اصطلاح الشرع : هي سلطة شرعية يتمكن بها صاحبها من إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها أي ترتيب الآثار الشرعية عليها . والولاية على القاصر : هي إشراف الراشد على شؤون القاصر الشخصية والمالية .

صلتها بالعقد والفرق بينها وبين الأهلية : يتطلب العقد لوجوده ونفاذه وترتيب آثاره الشرعية أن يكون العاقد ذا أهلية أداء ، وذا ولاية على العقد بأن يكون أصيلاً عن نفسه أو ولياً أو وصياً على غيره . فإن لم يكن أصيلاً أو ولياً أو وصياً كان فضولياً .

وأهلية الأداء شرط انعقاد العقد ووجوده ، فإن لم تتوافر كان العقد باطلاً . أما الولاية فهي شرط لنفاذ العقد^(١) وترتب الآثار الشرعية عليه . وهي لا تثبت إلا لكامل أهلية الأداء . أما ناقص أهلية الأداء فلا ولاية له على نفسه ولا على غيره .

فأهلية الأداء : صلاحية الشخص لمباشرة العقود . والولاية : صلاحية الشخص لإنفاذ العقود .

وبناء عليه يكون للعقد بالنظر للأهلية والولاية أحوال ثلاثة^(٢) :

(١) النفاذ في الأصل : المضي والجواز ، ثم أطلق عند الفقهاء على مضي العقد دون توقف على الإجازة أو الإذن .

(٢) الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى : ص ٣٥١ .

١- إذا كان العاقد كامل الأهلية وصاحب ولاية : اعتبر العقد صحيحاً نافذاً إلا إذا كان فيه ضرر بآخر فيصبح موقوفاً على الإجازة ، كالتصرف بالمأجور أو المرهون قبل انتهاء مدة الإجازة أو قبل أداء الدين ، وتصرف المدين الذي يضر الدائنين ، وتصرف المريض مرض الموت ، على ما سبق بيانه .

٢- إذا صدر العقد من عديم الأهلية وفاقده الولاية ، كالمجنون والصبي غير المميز ، كان باطلاً . فإن كان العاقد ناقص الأهلية كالصبي المميز ، توقف عقده المتردد بين الضرر والنفع كالبيع على إجازة وليه أو وصيه ، على ما سبق بيانه .

٣- إذا صدر العقد من صاحب أهلية أداء كاملة ، ولكنه فاقده الولاية ، وهو الفضولي ، كان موقوفاً على إجازة المعقود له ، على ما سنوضح في بحث لاحق ، أي أنني سأخصص مبحثاً مستقلاً لكل من الوكالة والفضالة باعتبارهما من أنواع النياية عن الغير حال الحياة .

أنواع الولاية : الولاية إما أن تكون أصيلة : بأن يتولى الشخص عقداً أو تصرفاً لنفسه ، بأن يكون كامل أهلية الأداء (بالغاً عاقلاً راشداً) ، أو نيايية : بأن يتولى الشخص أمور غيره .

والولاية النيايية أو النيابة الشرعية عن الغير : إما أن تكون اختيارية أو إجبارية^(١) :

فالاختيارية : هي الوكالة أي تفويض التصرف والحفظ إلى الغير على ما سنوضح .

والإجبارية : هي تفويض الشرع أو القضاء التصرف لمصلحة القاصر ، كولاية الأب أو الجد أو الوصي على الصغير ، وولاية القاضي على القاصر . فمصدر

(١) البدائع : ١٥٢/٥ .

ولاية الأب أو الجد أو القاضي هو الشرع . ومصدر ولاية الوصي إما اختيار الأب أو الجد ، أو تعيين القاضي .

والولاية النيابية الإجبارية : إما أن تكون ولاية على النفس أو ولاية على المال .

فالولاية على النفس : هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية كالترجيع والتعليم والتأديب والتطبيب والتشغيل في حرفة ونحو ذلك . وليس هنا محل بحثها .

والولاية على المال : هي الإشراف على شؤون القاصر المالية من حفظ المال واستثماره وإبرام العقود والتصرفات المتعلقة بالمال . وهي محل بحثنا هنا .

الأولياء ودرجاتهم :

الولاية على النفس : تثبت للأقرب فالأقرب من العصبات^(١) على الترتيب التالي :

١ - البنوة (الأبناء ثم أبناء الأبناء) فابن المجنون والمجنونة مثلاً يتولى شؤونها الشخصية .

٢ - الأبوة (الآباء ثم الأجداد) .

٣ - الأخوة (الإخوة ثم أبناء الإخوة) .

٤ - العمومة (الأعمام ثم أبناء الأعمام) .

وهذا هو ترتيب الإرث والولاية في الزواج ، وقد نصت على ذلك المادة ٢١ من قانون الأحوال الشخصية السوري .

(١) العصبات : قرابة الشخص المذكور من جهة الأب ، كالأخ والعم وابن العم .

والولاية على المال : بالنسبة للصغير القاصر: تثبت عند الحنفية على الترتيب التالي: الأب، ثم وصي الأب، ثم الجد، ثم وصي الجد، ثم القاضي، ثم وصي القاضي : وهو من يعينه القاضي .

والسبب في هذا الترتيب^(١) : أن الأب أوفر الناس شفقة على ولده . ويعقبه وصيه الذي اختاره ليقوم مقامه ، والظاهر أنه ما اختاره من بين سائر الناس إلا لعله بأن شفقتة على الصغير مثل شفقتة عليه . والجد يأتي بعدئذ لأن شفقتة دون شفقة الأب . ووصيه يليه ويقوم مقامه ، لأنه وثق به وارتضاه . والقاضي أمين على مصالح الأمة وبخاصة اليتامى فصلح أن يكون ولياً ، لقوله ﷺ : « السلطان ولي من لا ولي له » .

يتبين من ذلك أن الأب ، والجد أب الأب لها ولاية تامة على النفس وعلى المال معاً . وقد نصت على ذلك المادة (١٧٠) من قانون الأحوال الشخصية السوري : « للأب ثم للجد العصبي ولاية على نفس القاصر وماله ، وهما ملتزمان بالقيام بها » .

كما نصت المادة (١/١٧٢) على من تثبت له الولاية على المال : « للأب وللجد العصبي عند عدمه دون غيرها ولاية على مال القاصر حفظاً وتصرفاً واستثماراً » . ونصت المادة (١ / ١٧٦) على الوصي المختار : وهو من يختاره الأب أو الجد قبل موته : « يجوز للأب وللجد عند فقدان الأب أن يقيم وصياً مختاراً لولده القاصر ، أو الحمل ، وله أن يرجع عن ايضائه » . ونصت المادة (١٧٧) على وصي القاضي : وهو من يعينه القاضي : « إذا لم يكن للقاصر أو الحمل وصي مختار تعين المحكمة وصياً » .

(١) البدائع : ١٥٢/٥ ، ١٥٥ .

من يحتاج إلى الولاية :

تثبت الولاية على الصغير القاصر والمجنون والمعتوه، والمغفل، والسفيه، وقد اصطلح قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٦٣) على تسميات لأنواع الولاية على هؤلاء كما يبدو من النص التالي :

« ١ - النيابة الشرعية عن الغير تكون إما ولاية، أو وصاية أو قوامة، أو وكالة قضائية .

٢ - الولاية للأقارب للأب أو غيره، والوصاية على الأيتام، والقوامة على المجانين والمعتوهين، والمغفلين والسفهاء . والوكالة القضائية عن المفقودين . »

والحقيقة أن حالات النيابة الشرعية الأربعة هذه كلها داخلة تحت كلمة « الولاية » عند فقهاءنا كما تبين لدينا .

أما الولاية على مال الصغير القاصر : فتكون لأحد الأولياء الستة الذين ذكرناهم سابقاً وهم (الأب ووصيه، والجد ووصيه، والقاضي ووصيه)^(١) .

وأما الولاية على المجنون أو المعتوه : إذا بلغ على هذه الحالة، فإنها تكون لمن كان وليه قبل البلوغ من أب أو جد أو وصي، باتفاق المذاهب الأربعة، كما بينا .

فإن بلغ الشخص رشيداً ثم طرأ عليه الجنون أو العته، عادت إليه ولاية من كان وليه قبل البلوغ، على الرأي الراجح عند الحنفية، والشافعية^(٢) .

(١) الولاية في مذهبي المالكية والحنابلة تكون أولاً للأب ثم لوصيه، ثم للحاكم، ثم لمن يقيه أميناً عنه ولا ولاية للجد وغيره من القرابة (الشرح الكبير للدردير: ٢٩٢/٣ ، غاية المنتهى : ١٤٠/٢) وعند الشافعية : الولاية للأب أولاً ثم للجد أبي الأب ، ثم لوصيها ثم القاضي أي العدل الأمين (نهاية المحتاج : ٣٥٥/٣) .

(٢) تبين الحقائق : ١٩٥/٥ وما بعدها ، مفني المحتاج : ١٧١/٢ ، نهاية المحتاج : ٣٥٦/٣ .

وقال المالكية والحنابلة: تكون الولاية عليه حينئذ للقاضي ، ولا تعود لمن كانت له من أب أو جد ؛ لأن الولاية سقطت ببلوغ الصغير رشيداً ، والساقط لا يعود^(١) .

وقانون الأحوال الشخصية السوري أخذ بالرأي الثاني في المادة (٢٠٠) وهي : « ١ - المجنون والمعتوه محجوران لذاتهما ، ويقام على كل منهما قيم بوثيقة » ومعنى المادة أن تصرفات المجنون والمعتوه تعد باطلة ، ولو قبل شهر قرار الحجر عليها ، حماية لمصالحهما .

وأما القانون المدني السوري في المادة (١١٥) فلم يعتبر تصرفات المجنون والمعتوه باطلة إلا بعد شهر قرار الحجر عليها حماية لاستقرار المعاملات إلا في حالتين استثناهما نص المادة وهي :

١ - يقع باطلاً تصرف المجنون والمعتوه ، إذا صدر التصرف بعد شهر قرار الحجر .

٢ - أما إذا صدر التصرف قبل شهر قرار الحجر ، فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها .

وأما الولاية على السفية وذوي الغفلة : فإنها تكون للقاضي باتفاق المذاهب الأربعة^(٢) : لأن الحجر عليها متوقف على قضاء القاضي ، حفاظاً على مالهما ومراعاة لمصلحتها .

وعلى هذا تكون تصرفاتها صحيحة نافذة قبل إيقاع الحجر عليها . نصت المادة ٢٠٠ / ٢ من قانون الأحوال الشخصية السوري على ذلك فيما يأتي : « السفية والمغفل

(١) غاية المنتهى : ١٤٢/٢ ، الشرح الكبير للدردير : ٢٩٢/٣

(٢) المراجع السابقة : مغني المحتاج : ١٧٠/٢ .

يحجران قضاء ، وتصرفاتها قبل القضاء نافذة ، ويقام على كل منهما قيم بقرار الحجر نفسه ، أو بوثيقة على حدة .»

واشترط القانون المدني السوري لإبطال تصرف المغفل والسفيه شهر قرار الحجر إلا في حالتين نصت المادة (١١٦) منه على ما يأتي :

« ١ - إذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفيه بعد شهر قرار الحجر ، سرى على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام .

٢ - أما التصرف الصادر قبل شهر قرار الحجر ، فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال ، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ .»

وأما الوكالة القضائية : فهي نوع من الولاية قررتها القوانين النافذة في أحوال ثلاث :

١ - المفقود والغائب : نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المواد (٢٠٢ - ٢٠٦) على أصولها والأحكام المتعلقة بها ، ومنها أن المفقود : هو كل شخص لا تعرف حياته أو مماته ، أو تكون حياته محققة ، ولكن لا يعرف له مكان (م ٢٠٢) ومنها أنه يعتبر كالمفقود : الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه أو إدارة شؤونه بنفسه ، أو بوكيل عنه ، مدة أكثر من سنة ، وتعطلت بذلك مصالحه أو مصالح غيره .

أما حكم زوجة المفقود فقد نصت المادة (١٠٩) من هذا القانون على أنه : « إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول ، أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات ، جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .»

والتفريق للغيبه بعد سنة في هذه المادة مأخوذ من القول المعتمد في مذهب المالكية .

وأما أموال المفقود : فقد نصت المادة (٣٠٢) من هذا القانون على حكمها فيما يأتي :

١ - يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها ، فإن ظهر حياً أخذه ، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه .

٢ - إن ظهر حياً بعد الحكم بموته ، أخذ ما بقي من نصيبه في أيدي الورثة ولا توزع تركة المفقود قبل موته أو الحكم باعتباره ميتاً عند بلوغه الثامن من العمر (م ٢٠٥) .

٢ - المصاب بعاهتين من ثلاث عاهات هي الصمم والبكم والعمى .

نص القانون المدني السوري على ذلك في المادة (١١٨) : « ١ - إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك » .

٣ - المحكوم عليه بالأشغال الشاقة أو بالاعتقال :

نص قانون العقوبات السوري في المادة ٥٠ على عقوبة تبعية لهذا الشخص بالإضافة إلى السجن ، وهي الحجر عليه ، أو منعه من التصرف بماله ، وتعيين وصي يشرف على أمواله ، ونص هذه المادة ما يأتي :

« ١ - كل محكوم عليه بالأشغال الشاقة أو بالاعتقال يكون في خلال تنفيذ عقوبته في حالة الحجر ، وتنقل ممارسة حقوقه على أملاكه ، ما خلا الحقوق الملازمة للشخص (أي كالطلاق) إلى وصي وفقاً لأحكام قانون الأحوال الشخصية المتعلقة بتعيين الأوصياء على المحجور عليهم ، وكل عمل وإدارة أو تصرف يقوم به المحكوم عليه يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً مع الاحتفاظ بحقوق الغير من ذوي النية الحسنة ، ولا

يمكن أن يسلم إلى المحكوم عليه أي مبلغ من دخله ما خلا المبالغ التي يجيزها القانون وأنظمة السجون .»

مبدأ الولاية :

تبدأ الولاية على الأشخاص منذ ولادتهم ، وتستمر حتى سن الرشد ، أما الجنين فلا ولاية لأحد عليه قبل الولادة عند غالبية الفقهاء ، فلو اشترى له شخص شيئاً أو وهب له شيء ، فلا يملكه ، حتى ولو ولد حياً ، وإنما تثبت له الحقوق الضرورية الأربعة التي ذكرناها .

لكن قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٧٦) الذي أخذ بالمقرر في فقه الشيعة الزيدية ، وقانون الولاية على المال الصادر بمصر سنة ١٩٥٢ أجازا للأب أو للجد تعيين وصي للحمل المستكن . والوصي المقصود هنا في تقديري ليس مجرد أمين لحفظ المال حتى الولادة كما فهم كثير من الشراح ، وإنما الذي له صلاحيات الأوصياء عادة ، عملاً بإطلاق النص ، وبالمفهوم من التسوية في الحكم بين وصي الحمل ، ووصي القاصر في مادة واحدة ، وتحقيقاً للهدف المنشود من تعيين الوصي وهو رعاية مصلحة الجنين وتثمين ماله وتميمته فضلاً عن حفظه .

شروط الولي :

الولاية مسؤولة كبرى في إدارة أموال وأعمال الغير ، ويترتب عليها نفاذ التصرفات غالباً ، لذا يشترط في الولي الخاص كالأب أو الجد أو الولي العام كالقاضي وناظر الوقف ومدير المؤسسة الخيرية شروط إما في شخصه أو في تصرفاته^(١) .

١ - كمال أهلية الأداء بالبلوغ والعقل ، فلا ولاية للمجنون ولا للصغير ، لأنه لا

(١) مختصر الطحاوي : ص ١٦٠ وما بعدها ، البدائع : ١٥٢/٥ ، الدر المختار ورد المختار : ٤٩٥/٥ .

ولاية لها على أنفسها ، فلا تكون لها ولاية على غيرها ، إذ فاقد الشيء لا يعطيه .

٢ - اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه ، فلا تثبت ولاية لغير المسلم على المسلم ، كما لا ولاية للمسلم على غير المسلم ؛ لأن اتحاد الدين باعث غالباً على الشفقة ورعاية المصلحة .

٣ - العدالة : أي الاستقامة على أمور الدين والأخلاق والمروءات^(١) ، فلا ولاية للفاسق ؛ لأن فسقه يجعله متهاً في رعاية مصالح غيره .

٤ - القدرة على التصرف مع الأمانة : لأن المقصود من الولاية تحقيق مصلحة المولى عليه ، وهي لا تتحقق مع العجز وعدم الأمانة^(٢) .

٥ - رعاية مصلحة المولى عليه في التصرفات ، لقوله تعالى : ﴿ ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن ﴾ فليس للولي سلطة في مباشرة التصرفات الضارة بالمولى عليه ضرراً محضاً ، كالتبرع من مال القاصر بالهبة أو الصدقة ، أو البيع أو الشراء بغبن فاحش ، أو الطلاق . فإن أمكن تنفيذها على الولي نفسه نفذت وإلا كانت باطلة .

أما التصرفات النافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة والوصية والكفالة بالمال ،

(١) نصت المادة ١/١٧٨ على مايلي : « يجب أن يكون الوصي عدلاً قادراً على القيام بالوصاية ذاهلية كاملة ، وأن يكون من ملة القاصر » .

(٢) منع قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ٢/١٧٨ الوصي من الولاية في حالات ، ونصها هو : لا يجوز أن يكون وصياً :

أ - المحكوم عليه في جريمة سرقة أو إساءة الائتمان ، أو تزوير أو في جريمة من الجرائم المحملة بالأخلاق والآداب العامة .

ب - المحكوم بإفلاسه إلى أن يعاد إليه اعتباره .

ج - من قرر الأب أو الجد عند عدمه حرمانه من التعيين قبل وفاته إذا ثبت ذلك ببينة خطية .

د - من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائي ، أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة القاصر .

والتصرفات المترددة بين الضرر والنفع كالبيع والشراء بغبن يسير أو بمثل القيمة ، فتكون صحيحة نافذة .

فإذا أخل الولي بأحد هذه الشروط ، جاز للقاضي تبديله بسبب نقص الأهلية أو الكفر أو الفسق . فإن صار الولي غير أمين ضم القاضي إليه مساعداً آخر يعينه .

تصرفات الولي ومدى صلاحياته :

يتبين من شروط الولي أنه ليس له مباشرة أي تصرف يلحق ضرراً محضاً بالمولى عليه كالتبرع من ماله ، وله أن يتصرف فيما يحقق مصلحة القاصر ، كحفظ أمواله وإدارتها واستثمارها ، والإنفاق الضروري عليه ، وشراء ما لا بد له منه ، وبيع المنقولات ، وعلى الأب الإنفاق على الصغير إن لم يكن له مال ، لقوله تعالى : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ .

فإن كان للصغير مال أنفق عليه من ماله . وجاز للأب المحتاج أن يأخذ نفقته الضرورية من مال الصغير ، لقوله تعالى : ﴿ ومن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف ﴾ .

وأما بيع عقار القاصر : فالمتفق به في مذهب الحنفية : أنه يجوز للأب بيع عقار القاصر بمثل القيمة فأكثر ، ولا يجوز ذلك للوصي عند متأخري الحنفية إلا للضرورة كبيعه لتسديد دين لا وفاء له إلا بهذا المبيع^(١) .

ثم قرر قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٧٢ / ٢) أنه لا يجوز للأب (أي ولا للوصي)^(٢) بيع عقار القاصر أو رهنه إلا بإذن القاضي بعد تحقق المسوغ ، كبيعه للنفقة أو لوفاء الدين .

(١) تكللة فتح القدير مع العناية : ٤٩٧/٨ وما بعدها ، مجمع الضمانات للبغدادى : ص ٤٠٨ .

(٢) وقد نصت المادة (١٨٢) من قانوننا السوري على ذلك ، فلم تجز للوصي التصرفات الناقلة للملكية في مال القاصر إلا بإذن المحكمة مباشرة .

هذا مجمل صلاحيات أو سلطات الولي في التصرفات ، وتفصيل أحكام تصرفات كل ولي على حدة محله كتب الفقه^(١) .

الوكالة

الوكالة : نيابة شرعية عن الغير حال الحياة ، وهي نوع من الولاية كما بينا ، ونبحث فيها ما يأتي : تعريفها ، ركنها ، شروطها ، أنواعها وتصرفات الوكيل ، هل للوكيل توكيل غيره ؟ تعدد الوكلاء ، الفرق بين الرسول والوكيل ، حكم العقد وحقوقه في حال التوكيل ، انتهاء الوكالة .

تعريف الوكالة ومشروعيتها :

الوكالة في اللغة تطلق ويراد بها إما الحفظ ، كما في قوله تعالى : ﴿ وقالوا : حسبنا الله ونعم الوكيل ﴾ أي الحافظ . وإما التفويض ، كما في قوله سبحانه : ﴿ وعلى الله فليتوكل المتوكلون ﴾ ﴿ إني توكلت على الله ربي وربكم ﴾ ويقال : وكل أمره إلى فلان : أي فوضه إليه واكتفى به .

وعند الفقهاء يراد بها المعنيان ، وإن كان المعنى الأول تبعياً والثاني هو الأصل . وعبارة الحنفية^(٢) في تعريفها : هي إقامة الشخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم . أو هي : تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل .

وعبارة المالكية والشافعية والحنابلة^(٣) في تعريفها : هي تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته . وضابط ما يقبل النيابة - هو ما يأتي :

(١) انظر الدر المختار ورد المختار : ٤٩٤/٥ وما بعدها ، تكملة الفتح : ٤٩٨/٨ وما بعدها ، مجمع الضمانات : ص ٤٠٧ وما بعدها .

(٢) تبين الحقائق : ٢٥٤/٤ ، البدائع : ١٩/٦ ، رد المختار : ٤١٧/٤ .

(٣) مغني المحتاج : ٢١٧/٢ ، الشرح الكبير للرددير ، ٣٧٧/٣ ، غاية المنتهى : ١٤٧/٢ .

هو كل تصرف جاز للشخص مباشرته بنفسه ولو من حيث المبدأ جازله التوكيل فيه .

والناس قديماً وحديثاً بحاجة يومية إلى الوكالة في كثير من أحوالهم وأمورهم ، إما أنفة أو عدم لياقة مباشرة الشيء بالذات كتوكيل الأمير أو الوزير ، وإما عجزاً عن الأمر كتوكيل المحامين في الخصومات ، والخبراء بالبيع والشراء في التجارات .

لذا أقرتها الشرائع السماوية ، قال تعالى في القرآن الكريم حكاية عن أصحاب الكهف : ﴿ فابعثوا أحدم بورقم هذه إلى المدينة ، فلينظر أيها أركى طعاماً فليأتكم برزق منه ... ﴾ الآية . وفي السنة النبوية : وكل النبي ﷺ حكيم بن حزام (أو عروة البارقي) بشراء شاة أضحية^(١) . ووكل عمرو بن أمية الضمري في زواج أم حبيبة بنت أبي سفيان وهي بالحبيشة^(٢) . ووكل في القيام بأعمال الدولة كجباية الزكاة وإدارة الجيش وولاية الأقاليم .

الوكالة بأجر : تصح الوكالة بأجر ، وبغير أجر ، لأن النبي ﷺ كان يبعث عماله لقبض الصدقات ، ويجعل لهم عمولة^(٣) . فإذا تمت الوكالة بأجر ، لزم العقد ، ويكون للوكيل حكم الأجير ، أي أنه يلزم الوكيل بتنفيذ العمل ، وليس له التخلي عنه بدون عذر يبيح له ذلك ، وإذا لم يذكر الأجر صراحة حكم العرف : فإن كانت مأجورة عادة كتوكيل المحامين وممارسة البيع والشراء ، لزم أجر المثل ، ويدفعه أحد العاقدين بحسب العرف . وإن كانت غير مأجورة عرفاً ، كانت مجاناً ، أو تبرعاً ، عملاً بالأصل في الوكالات : وهو أن تكون بغير أجر على سبيل التعاون في الخير . وهذا النوع لا يلزم فيه المضي في العمل ، بل للوكيل التخلي عنه في أي وقت . وهذا

(١) توكيل حكيم رواه أبو داود والترمذي عن حكيم بن حزام نفسه ، وتوكيل البارقي رواه أحمد والبخاري وأبو

داود والترمذي وابن ماجه والدارقطني عن عروة نفسه (نيل الأوطار : ٢٧٠/٥) .

(٢) رواه أبو داود في سننه (سنن أبي داود : ٤٦٧١) .

(٣) التلخيص الحبير : ١٧٦/١ ، ٢٥١ ، ٢٧٥ .

مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة^(١) . وقال الشافعية : الوكالة ولو يجعل جائزة أي غير لازمة من الجانبين^(٢) .

ركن الوكالة : ركن الوكالة : الإيجاب والقبول ، الإيجاب من الموكل كأن يقول : وكلتك بكذا ، أو افعل كذا ، أو أذنت لك أن تفعل كذا ونحوه . والقبول من الوكيل كأن يقول : قبلت ونحوه . ولا يشترط في القبول كونه لفظاً أو قولاً ، وإنما يصح أن يكون بالفعل . فإذا علم الوكيل بالتوكيل ، فباشر التصرف الموكل فيه ، اعتبر ذلك قبولاً ، ولا يشترط في الوكالة (كما عرفنا في بحث مجلس العقد) اتحاد مجلس الإيجاب والقبول ، وإنما يكفي العلم بالوكالة ومباشرة التصرف .

والوكالة بغير أجر عقد جائز غير لازم^(٣) أي يجوز لأحد العاقدين فسخه متى شاء .

والوكالة باعتبارها إطلاقاً في التصرف يصح أن تكون منجزة في الحال ، كأنت وكيلي من الآن في كذا ، كما يصح عند الحنفية والحنابلة^(٤) : أن تكون مضافة إلى وقت في المستقبل ، كأنت وكيلي في الدعوى الفلانية في الشهر القادم ، أو معلقة على شرط ، مثل : إن قدم فلان فأنت وكيلي في بيع هذا الكتاب ، لحاجة الناس إلى ذلك .

وقال الشافعية في الأصح : لا يصح تعليق الوكالة بشرط من صفة أو وقت ، مثل : إن قدم زيد أو رأس الشهر فقد وكلتك بكذا ، لما في التعليق من غرر (أي احتمال) ، لكن يصح عندهم جعل الوكالة منجزة في الحال ، واشترط بدء التصرف

(١) تكملة فتح القدير : ١٢٢/٦ ، المغني : ٨٥/٥ ، القوانين الفقهية : ص ٢٢٩ ، الشرح الكبير : ٢٩٦/٢ وما بعدها .

(٢) نهاية المحتاج : ٣٨/٤ وما بعدها .

(٣) بداية المجتهد : ٢٩٧/٢ ، المغني : ١١٢/٥ ، غاية المنتهى : ١٥٤/٢ ، مغني المحتاج : ٢٣١/٢ وما بعدها ، الدر المختار : ٤٣٣/٤ .

(٤) البدائع : ٢٠/٦ ، غاية المنتهى : ١٤٧/٢ ، المغني : ٨٥/٥ .

معلقاً على شرط ، مثل أنت وكيلي الآن في بيع هذه الأرض ، ولكن لا تبعها إلا بعد شهر ، أو إلا إذا تركت وظيفتي .

شروط الوكالة :

يشترط لصحة الوكالة شروط في الموكل وفي الوكيل وفي المحل الموكل فيه .

أما الموكل : فيشترط فيه أن يكون مالكا للتصرف الذي يوكل فيه أي أهلاً لممارسته ؛ لأن من لم يملك التصرف لا يملك تملكه لغيره . فلا يصح التوكيل أصلاً من فاقد الأهلية كالمجنون أو الصبي غير المميز ، ولا من ناقص الأهلية أي المميز في التصرفات الضارة به كالطلاق والهبة . ويصح التوكيل من المميز في التصرف النافع له كقبول الهبة ، كما يصح منه التوكيل بإجازة وليه في التصرفات المترددة بين الضرر والنفع كالبيع والشراء والإيجار . ويصح التوكيل من المحجور عليه للسفه أو الغفلة فيما يباح له من التصرفات . ويصح للمرأة التوكيل في مباشرة عقد زواجها . وهذا عند الحنفية^(١) .

وقال غير الحنفية (المالكية والشافعية والحنابلة)^(٢) : لا يصح التوكيل من الصبي مطلقاً ؛ إذ لا يصح عندهم مباشرته لأي تصرف . كما لا يصح للمرأة توكيل امرأة أخرى في إبرام عقد زواجها . ويصح لها عند المالكية توكيل الرجل في ذلك .

وأما الوكيل : فيشترط فيه أن يكون عاقلاً ، فيصح أن يكون المميز وكيلاً ، سواء أكان ماذوناً في التجارة أم محجوراً . ولا يصح جعل المجنون والمعتوه وغير المميز وكيلاً في التصرفات لعدم اعتبار عبارتهم . هذا عند الحنفية^(٣) .

(١) البدائع : ٢٠/٦ ، تكله فتح القدير : ١٢/٦ .

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة : ٢٣٧/٣ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢١٧/٢ ، المهذب : ٢٤٧/١ .

(٣) المبسوط : ١٥٨/١٩ ، البدائع : ٢٠/٦ ، رد المحتار : ٤١٧/٤ .

وقال غير الحنفية^(١) : وكالة الصبي غير صحيحة ، لأنه غير مكلف بالأحكام الشرعية ، فلا تصح مباشرة التصرف لنفسه ، فلا يصح توكيله عن غيره . ولا يصح أن تكون المرأة وكيلة عن غيرها في مباشرة عقد الزواج ؛ لأنها لا تملك مباشرة عقدها بنفسها فلا تملك مباشرة عقد غيرها .

وأما الموكل فيه (محل الوكالة) : فيشترط فيه ما يأتي^(٢) :

١- أن يكون معلوماً للوكيل : فلا يصح التوكيل بالمجهول جهالة فاحشة ، مثل : اشتر لي أرضاً أو جوهرأ أو دارأ ، ويصح مع الجهالة اليسيرة مثل : اشتر لي صوفأ انكليزياً ، أو اشتر لي صوفأ بسعر كذا .

٢- أن يكون التصرف مباحاً شرعاً : فلا يجوز التوكيل في فعل محرم شرعاً ، كالغصب أو الاعتداء على الغير .

٣- أن يكون مما يقبل النيابة ، كالبيع والشراء والإجارة والتبرع ، ورد الودائع وقضاء الديون ونحوها .

وذلك لأن التصرفات بالنظر لقبولها النيابة وعدم قبولها أنواع ثلاثة :

نوع يقبل النيابة اتفاقاً ، كما بينا .

ونوع لا يقبل النيابة اتفاقاً ، كاليمين ، والعبادات الشخصية المحضة كالصلاة والصيام والطهارة من الحدث .

ونوع مختلف فيه كاستيفاء القصاص والحدود الشرعية . فقال الحنفية^(٣) :

(١) بداية المجتهد : ٢٩٧/٢ .

(٢) البدائع : ٢١/٦ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢٩٧/٢ ، الشرح الكبير : ٣٧٧/٣ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢١٩/٢ وما بعدها ، المغني : ٨٣/٥ .

(٣) المبسوط : ٩/١٩ ، ١٠٦ ، فتح القدير : ١٠٤/٦ ، البدائع : ٢١/٦ ، رد المحتار والدر المختار : ٤١٨/٤ .

لا يجوز التوكيل فيها، بل لا بد من حضور الموكل وقت الاستيفاء (أي التنفيذ)،
ولأن غيبته شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات.

وقال غير الحنفية^(١): يجوز التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص، سواء أحضر
الموكل أم غاب؛ لأن الحاجة قد تدعو لذلك، ولأن الوكيل كالأصيل.

أنواع الوكالة: للوكالة أنواع منها ما يأتي:

أ- الوكالة الخاصة والعامة: قد تكون الوكالة خاصة وقد تكون عامة^(٢).

فالوكالة الخاصة: هي الإنابة في تصرف معين، كبيع أرض أو سيارة معينة،
وإجارة عقار محدد، وتوكيل في دعوى معينة. وحكمها: أن الوكيل مقيد بما وكل
فيه، وإلا كان فضولياً.

والوكالة العامة: هي الإنابة العامة في كل تصرف أو شيء، مثل أنت وكيل
في كل التصرفات، أو في كل شيء، أو اشتري ما شئت أو ما رأيت، وحكمها أن
الوكيل يملك كل تصرف يملكه الموكل وتجوز النيابة فيه، ما عدا التصرفات الضارة
بالموكل كال تبرعات من هبة ووقف ونحوهما، والإسقاطات من طلاق وإبراء
ونحوهما. فلا يملك الوكيل العام هبة شيء من أموال الموكل، ولا طلاق زوجة
الموكل، إلا بالنص على ذلك صراحة.

ب- الوكالة المقيدة والمطلقة: قد تكون الوكالة أيضاً مقيدة أو مطلقة^(٣).

فالوكالة المقيدة: هي التي يقيد فيها تصرف الوكيل بشروط معينة، مثل وكلتك في
بيع أرضي بثن حال قدره كذا، أو مؤجل إلى مدة كذا، أو مقسط على أقساط معينة.

(١) بداية المجتهد: ٢٩٧/٢، الشرح الكبير: ٣٧٨/٢، المغني: ٨٤/٥، مغني المحتاج: ٢٢١/٢، المهذب: ١/٢٤٩.

(٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٤١٦/٤، بداية المجتهد: ٢٩٧/٢.

(٣) البدائع: ٢٧/٦ وما بعدها، مختصر الطحاوي: ص ١١٠ وما بعدها، البسوط: ٣٩/١٩، الدر المختار: ٤٢١/٤.

وما بعدها، مجمع الضمانات: ص ٢٤٩، تكملة فتح القدير: ٧٠/٦ وما بعدها.

وحكمها : أن الوكيل يتقيد بما قيده به الموكل ، أي أنه يراعى القيد ما أمكن ، سواء بالنسبة للشخص المتعاقد معه أو لحل العقد ، أو بدل المعقود عليه . فإذا خالف الوكيل لا يلزم الموكل بالتصرف إلا إذا كان خلافاً إلى خير ، فيلزمه ، كأن يبيع الشيء الموكل ببيعه بأكثر من الثمن المحدد له ، أو بثن حال بدلاً من الثمن المؤجل أو المقسط . وإذا لم يلزم الموكل بالتصرف بسبب المخالفة ، كان الوكيل فضولياً ، ولزمه التصرف إن كان وكيلاً بالشراء لأنه متهم بالشراء لنفسه . أما الوكيل بالبيع إذا خالف أمر الموكل فيتوقف بيعه على إجازة الموكل ، ولا يلزم الوكيل بالعقد ، لتعذر تنفيذه عليه .

والوكالة المطلقة : هي التي لا يقيد فيها الوكيل بشيء مثل : وكتك في بيع هذه الأرض ، من غير تحديد ثمن معين ، أو كيفية معينة لوفاء الثمن . وحكمها عند أبي حنيفة : أن المطلق يجري على إطلاقه ، فللوكيل التصرف بأي ثمن قليلاً أو كثيراً ، ولو بغبن فاحش ، معجلاً أو مؤجلاً ، صحيحاً أو مريضاً ؛ لأن الأصل في اللفظ المطلق أن يجري على إطلاقه ، ولا يجوز تقييده إلا بدليل ، كوجود تهمة ، ولا يعتمد على العرف ، لأن العرف في البلاد متعارض .

وقال الصحابان ، وعلى رأيهما الفتوى ، ورأيهما هو الراجح وبه قال الشافعية والحنابلة والمالكية^(١) : يتقيد الوكيل بما تعارفه الناس ، فإذا خالف المتعارف كان فضولياً في تصرفه ، وتوقف نفاذه على رضا الموكل . فليس للوكيل بالبيع مثلاً أن يبيع بغبن فاحش : وهو ما لا يتساهل فيه الناس عادة ، ولا أن يبيع بغير النقد الغالب في البلد ، ولا أن يبيع بثن مؤجل أو مقسط إلا إذا جرى العرف في مثله ؛ لأن الوكيل منهي عن الإضرار بالموكل ، مأمور بالنصح له .

وفي الزواج : ليس للوكيل أن يزوج الموكل بامرأة لا تكافئه ، أو بمهر فيه غبن

(١) الشرح الكبير : ٢٨٢/٢ ، المهذب : ٣٥٢/١ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢٢٣/٢ - ٢٢٦ ، بداية المجتهد : ٢٩٨/٢ ، المغني : ١٢٤/٥ ، قواعد الأحكام لابن عبد السلام : ١٠٧/٢ ، ط الاستقامة .

فاحش، فإن فعل ذلك كان تصرفاً موقوفاً على إجازة الموكل، فإن أجازته نفذ، وإلا بطل.

حكم تصرفات الوكيل :

يترتب على الوكالة ثبوت ولاية التصرف الذي تناوله التوكيل، وسأذكر أهم التصرفات في أهم أنواع الوكالات.

١- الوكيل بالخصومة: أي بالمرافعة أمام القضاء كالحامي اليوم، يملك كل ما يتعلق بالدعوى وما لا بد منه فيها، ومن ذلك الإقرار على موكله عند الحنفية ما عدا زفر^(١)؛ لأن مهمة الوكيل بيان الحق وإثباته، لا المنازعة فيه فقط، وبيان الحق قد يكون إنكاراً لدعوى الخصم، وقد يكون إقراراً.

وقال زفر وأئمة المذاهب الثلاثة الأخرى^(٢): لا يقبل إقرار الوكيل بالخصومة على موكله بقبض الحق وغيره، لأن التوكيل بالخصومة معناه التوكيل بالمنازعة، والإقرار مسالمة، لأنه يترتب عليه إنهاء الخصومة، فلا يملكه الوكيل كالإبراء. كذلك يملك الوكيل بالخصومة قبض المال المحكوم به لموكله عند الحنفية ما عدا زفر^(٣)؛ لأن هذا من تمام الخصومة، والخصومة لا تنتهي إلا بالقبض، والوكيل أمين على مصالح موكله^(٤).

وقال زفر والشافعية والحنابلة^(٥): لا يملك القبض، لأن الرجل الثقة بالتقاضي والمخاصمة قد لا يكون أميناً في قبض الحقوق.

(١) البدائع: ٢٤/٦، تكملة الفتح: ١٠/٦، المبسوط: ٤/١٩، الدر المختار: ٤٣٠/٤، الكتاب مع شرحه للباب: ١٥١/٢.

(٢) بداية المجتهد: ٢٩٧/٢، الشرح الكبير: ٢٧٩/٢، المهذب: ٣٥١/١، المغني: ٩١/٥.

(٣) البدائع: ٢٤/٦ وما بعدها، تكملة فتح القدير: ٩٦/٦، المبسوط: ١٩/١٩، مجمع الضمانات: ص ٣٦١.

(٤) قال المرغيناني صاحب الهداية: والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله، لظهور الحيانة في الوكلاء، وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال.

(٥) المهذب: ٣٥١/١، المغني: ٩١/٥.

٢- الوكيل بالبيع : إذا كان مقيد التصرف يتقيد بالقييد الذي حدده له الموكل بالاتفاق بين الفقهاء ، فإذا خالف القيد ، لا ينفذ تصرفه على الموكل ، ولكن يتوقف على إجازته ، إلا إذا كانت مخالفته إلى خير ؛ لأنه محقق لمقصود الموكل ضمناً . فإذا كان وكيلاً بالبيع بثمن ما ، فباع بأقل ، لا ينفذ ، لأنه خلاف إلى شر ، وإن باع بأكثر ، نفذ ، لأنه خلاف إلى خير ، وإذا وكل بالبيع نقداً فباع مؤجلاً لم ينفذ إلا بإجازة الموكل ، وإذا وكل بالبيع مؤجلاً فباع نقداً ، نفذ .

وإن كان الوكيل مطلق التصرف : فيعمل عند أبي حنيفة بمقتضى الإطلاق ، فله أن يبيع بأي ثمن كان ، قليلاً أو كثيراً ، حتى بالغبن الفاحش ، عاجلاً أو آجلاً ، كما أوضحنا سابقاً ، عملاً بإطلاق الحرية للوكيل بالتصرف .

وقال الصحابان وبرأيهما يفتى ، وبقية الأئمة الثلاث : يتقيد الوكيل المطلق بالمتعارف ، فلا يبيع إلا بالنقود المتداولة ، وبمثل القيمة ، وبالمعجل ، فلا يبيع بالأعيان ، ولا بما لا يتغابن الناس فيه عادة ، أي الغبن اليسير ، ولا بالنسيئة المؤجلة^(١) .

وفي حال المخالفة يكون العقد موقوفاً على إجازة الموكل عند الحنفية ، باطلاً عند الشافعية .

وليس للوكيل بالبيع عند أبي حنيفة أن يبيع لنفسه ولا لزوجته وأبيه وجده وولده وسائر من لا تقبل شهادته له ؛ لأنه متهم في ذلك بمراعاة مصلحته أو إيثار العين المبيعة لأقاربه .

وقال الصحابان : يجوز له أن يبيع لهؤلاء لا لنفسه بمثل القيمة أو أكثر ؛ لأن

(١) المراجع السابقة في بحث الوكالة المقيدة والمطلقة .

التوكيل مطلق، والبيع لأحد من هؤلاء أو غيرهم سواء، ولا تهمة هنا؛ لأن ملكه وأملاكهم متباينة، فالمنافع منقطعة فيما بينهم^(١).

وتوسط غير الحنفية بين الرأيين، فأجاز المالكية للوكيل بالبيع أن يبيع لزوجته ووالده الرشيد إذا لم يحابها، ولم يجزوا له البيع لنفسه أو من في رعايته من صغير أو سفيه أو مجنون^(٢).

وأجاز الشافعية في الأصح وفي رواية عن أحمد له البيع بمثل القيمة لأبيه وجده وابنه البالغ وسائر فروع المستقلين عنه لعدم التهمة، ولم يجزوا له أن يبيع لنفسه وولده الصغير أو المجنون أو السفيه^(٣).

٣- الوكيل بالشراء: مثل الوكيل بالبيع من التقييد بما قيده به الموكل، في الثمن وفي جنس المشتري ونوعه وصفته، أو إطلاق الحرية في التصرف إذا كانت الوكالة مطلقة. فإذا خالف الوكيل أحد القيود لا يلزم الموكل بالشراء، إلا إذا كان خلافاً إلى خير، فيلزمه. ووقع الشراء للوكيل نفسه باتفاق الفقهاء^(٤)، بعكس الوكيل بالبيع؛ لأن المشتري قد يتهم بأنه كان يريد الشراء لنفسه، فلما تبين أنه غبن غبنا فاحشاً أظهر أنه يشتري باسم موكله.

كذلك لا يملك الوكيل بالشراء عند أبي حنيفة كالوكيل بالبيع أن يشتري من نفسه، أو زوجته أو أبيه أو جده، أو ولده وولد ولده، وكل من لا تقبل شهادته له للتهمة في ذلك.

(١) البدائع: ٢٨/٦، تكملة فتح القدير: ٦٧/٦ وما بعدها، رد المحتار: ٤٢٤/٤، مجمع الضمانات: ص ٢٦١.

(٢) الشرح الكبير: ٣٨٧/٣ وما بعدها.

(٣) مغني المحتاج: ٢٢٤/٢ وما بعدها، نهاية المحتاج: ٢٦/٤ وما بعدها، المغني: ١٠٧/٥ وما بعدها.

(٤) البدائع: ٢٩/٦ وما بعدها، مختصر الطحاوي: ص ١١٠ وما بعدها، المبسوط: ٢٩/١٩، تكملة فتح القدير:

٧٥/٦، الدر المختار: ٤٢١/٤، مغني المحتاج: ٢٢٩/٢، المهذب: ٣٥٤/١، بداية المجتهد: ٢٩٨/٢، الشرح

الكبير: ٣٨٢/٣، المغني: ١٢٤/٥، ١٠٧.

وقال صاحبان : يجوز إذا اشترى بمثل القيمة أو بأقل أو بزيادة يتغابن الناس في مثلها عادة^(١) .

٤- الوكالة في الزواج والطلاق ، والإجارة والرهن ونحوها من إدارة الأموال : يتقيد الوكيل في ذلك بما يقيد به الموكل ، وليس له أن يتصرف بما فيه ضرر .

٥- هل للوكيل توكيل غيره ؟

إذا كانت الوكالة خاصة أو مقيدة بأن يعمل الوكيل بنفسه ، لم يجز له توكيل غيره فيما وكل فيه .

وإن كانت الوكالة مطلقة أو عامة بأن قال له : اصنع ماشئت ، جاز له توكيل الغير ، ويكون هذا الغير وكيلاً مع الأول عن الموكل . هذا عند الحنفية^(٢) .

وقال المالكية^(٣) : ليس للوكيل أن يوكل غيره إلا أن يكون الوكيل لا يليق به تولي ما وكل فيه بنفسه ، كأن يكون وجيهاً ، والموكل به حقير فله التوكيل حينئذ .

وقال الشافعية والحنابلة^(٤) : ليس للوكيل أن يوكل غيره بلا إذن الموكل متى كان قادراً على ما وكل فيه . أما إذا لم يكن قادراً على القيام بكل ما وكل فيه ، فله أن يوكل غيره ويكون الوكيل الثاني وكيلاً مع الأول عن الموكل .

٦- تعدد الوكلاء :

قد يتعدد الوكلاء عن الشخص الواحد في التصرفات والخصومات ، أو المرافعة

(١) المراجع السابقة .

(٢) البدائع : ٢٥/٦ ، تكملة فتح القدير : ٨٩/٦ وما بعدها .

(٣) الشرح الكبير للدردير : ٢٨٨/٣ .

(٤) مغني المحتاج : ٢٢٦/٢ ، المغني : ٨٨/٥ .

أمام القضاء ، كما يحدث عادة في كثير من الأحيان ، فيكون هناك وكيلان أو أكثر في القضايا الخطيرة . ويعرف تفصيل حكم تصرفات الوكلاء مما يأتي^(١) .

فإن تعدد الوكلاء كلاً في عقد خاص وأعمال خاصة ، كان لكل منهم أن ينفرد في مباشرة ما وكل فيه دون استشارة غيره . وإن كان العمل واحداً ، فلكل واحد القيام به وحده أيضاً ، فتنتهي حينئذ وكالة الآخرين .

وإن كان التوكيل للجميع في عقد واحد ، فليس لأحدهم - دون إذن الموكل - الانفراد بالتصرف بما وكلوا فيه ؛ لأن تعددهم كان بقصد تحقيق التعاون والتشاور فيما بينهم ضماناً لصالح الموكل ، ويستثنى من ذلك ما لا يحتاج من التصرفات لتبادل الرأي كرد الودائع ووفاء الديون ، أو ما لا يمكن فيه الاجتماع كالمرافعة أمام القضاء ، بشرط إعداد مذكرات الدفاع بالاشتراك بين جميع الوكلاء .

الفرق بين الوكالة والرسالة :

يحسن بيان الفرق بين الوكيل والرسول تمهيداً لمعرفة من يلتزم بحقوق العقد ، إذ يختلف الوكيل عن الرسول^(٢) .

فالوكيل : هو الذي يتصرف برأيه وعبارته وتقديره ، فيساوم ويعقد العقود حسبما يرى من المصلحة ، ويتحمل تبعات تصرفاته ، ويستغني غالباً عن إضافة العقد إلى موكله ، فيقول : بعث أو اشتريت كذا ، لا : باع أو اشترى فلان ، فإذا أسند العقد لموكله ، صار مجرد سفير ومعبر عن كلام الأصيل ، فيصبح عندئذ كالرسول .

والرسول : هو الذي يقتصر على نقل عبارة مرسله ، دون أن يتصرف برأيه وإرادته ، وإنما يبلغ عبارة المرسل ، وينقل رغبته وإرادته في التصرف ، فيقول

(١) البدائع : ٢٢/٦ ، تكللة فتح القدير : ٨٦/٦ - ٨٨ .

(٢) راجع مختصر أحكام المعاملات الشرعية لأستاذنا علي الخفيف : ص ١١٧ وما بعدها .

للمرسل إليه : أرسلني فلان لأبلغك كذا ، فيضيف عبارته دائماً للمرسل ، ولا يتحمل شيئاً من التزامات التعاقد .

حكم العقد وحقوقه في الوكالة :

حكم العقد : هو الغرض والغاية منه . ويراد به هنا الأثر الذي يترتب على العقد شرعاً . ففي عقد البيع : يكون الحكم : هو ثبوت ملكية المبيع للمشتري واستحقاق الثمن للبائع ، وفي عقد الإجارة : الحكم هو تملك المستأجر المنفعة ، واستحقاق الأجرة للمؤجر .

وقد اتفق الفقهاء على أن حكم العقد الذي يتم بواسطة وكيل : يقع مباشرة للموكل نفسه ، لا للوكيل ؛ لأن الوكيل يعمل في الحقيقة لموكله وبأمره ، فهو قد استمد ولايته منه^(١) . ويترتب عليه أن المسلم لو وكل غير مسلم في شراء خمر أو خنزير ، لم يصح الشراء ؛ لأن المسلم ليس له أن يملك شيئاً من هذين .

حقوق العقد : هي الأعمال والالتزامات التي لا بد منها للحصول على حكمه أو على الغاية والغرض منه ، مثل تسليم المبيع ، وقبض الثمن ، والرد بالعيب أو بسبب خيار الشرط أو الرؤية ، وضمان رد الثمن ، إذ استحق^(٢) المبيع مثلاً .

فإذا باشر المرء العقد بنفسه ولمصلحته عاد إليه حكم العقد وحقوقه . وأما إن توسط وكيل في إجراء العقد وإبرامه ، عاد حكم العقد إلى الموكل كما عرفنا ، وأما حقوق العقد فتارة ترجع إلى الموكل ، وتارة ترجع إلى الوكيل بحسب نوع التصرف الذي يتولاه الوكيل .

(١) تبين الحقائق : ٢٥٦/٤ ، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة : ص ١٢٧ ، المغني لابن قدامة :

١٣٠/٥ ، مغني المحتاج : ٢٢٩/٢ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢٩٨/٢ .

(٢) الاستحقاق : هو أن يدعي أحد ملكية شيء موجود في يد غيره ويشتها بالبينة ، ويقض له بها .

والتصرفات التي يمارسها الوكيل نوعان :

النوع الأول - ما يلزم أن يضيفه الوكيل إلى الموكل ، ولا يجوز له إضافته إلى نفسه ، فإن أضافه إلى نفسه وقع العقد له لا للموكل ، مثل الزواج والطلاق والخلع ، والعقود العينية أي التي لا تتم إلا بالقبض وهي خمسة (الهبة والإعارة والإيداع والقرض والرهن) . يلزم الوكيل أن يقول حين إبرام العقد : قبلت زواج فلانة لفلان ، وطلقت امرأة فلان ، ووهبتك من مال فلان ، ولا يصح أن يقول : تزوجت أو طلقت على كذا أو وهبت ، فينصرف أثر التصرف إليه ، أي أن الزواج يكون للوكيل حينئذ لا للموكل ، ويقع الطلاق عنه ، لا عن الموكل ، ويلزم بالهبة من ماله لا من مال الموكل .

وحكم هذا النوع أن حقوق التصرف ترجع إلى الموكل ، ولا يطالب الوكيل منها بشيء أصلاً ؛ لأن الوكيل في هذه التصرفات يكون سفيراً ومعبراً محضاً عن الموكل . فإذا كان الشخص وكيلاً عن الزوج لا يطالب بالمهر ، وإنما يطالب الزوج ، وإذا كان وكيلاً عن المرأة لا يطالب بإزفافها إلى بيت زوجها ، وإنما تطالب المرأة أو وليها . ولو كان وكيلاً عن الواهب لا يلزم الوكيل بتسليم العين الموهوبة ، وإنما يطالب الموكل نفسه ، ولا يلزم الوكيل بتسليم الموهوب إذا كان وكيلاً عن الموهوب له .

النوع الثاني : ما لا يلزم أن يضيفه الوكيل إلى الموكل ، وإنما يصح إضافته له أو لنفسه كالمعاوضات المالية ، مثل البيع والشراء والإجارة والصلح الذي هو في معنى البيع (أي الصلح بعوض عن إقرار) فيصح أن يقول الوكيل : بعث أو اشتريت ، كما يصح أن يقول : بعث مال فلان ، واشتريت لفلان .

وحكم هذا النوع : أن الوكيل إذا أضاف التصرف للموكل ، مثل : اشتريت لفلان ، رجعت الحقوق للموكل ، ولزمته هو ، ولا يطالب الوكيل بشيء ، لأنه في هذه الحالة مجرد سفير ومعبّر عن الأصيل .

وإن أضاف الوكيل التصرف لنفسه رجعت إليه الحقوق دون الموكل ؛ لأنه هو الذي باشر العقد ولا يعرف الطرف الآخر سواه . فإذا كان وكيلاً عن البائع لزمه تسليم المبيع للمشتري ، وقبض الثمن . وإذا كان وكيلاً عن المشتري واطلع على عيب في المبيع ، أو ظهر أن المبيع مستحق لغير البائع ، كان هو المكلف بمقاضاة البائع وخصومته ، ويلزمه ضمان الثمن للمشتري حال استحقاق المبيع ، كما يلزمه دفع الثمن للبائع إذا كان المبيع سليماً من العيوب .

ويستثنى من ذلك ما إذا كان العاقد ليس من أهل لزوم العهدة (أي ليس أهلاً للمسؤولية والتزام الحقوق) إما لنقص أهليته كالصبي المحجور عن التصرف ، أو لانشغاله كالتقاضي وأمين القاضي ، فترجع الحقوق حينئذ للموكل نفسه ، لا إلى الوكيل .

هذا مذهب الحنفية^(١) . ويوافقهم المالكية والشافعية^(٢) في ذلك أي في أن حقوق العقد تتعلق بالوكيل دون الموكل .

وقال الخنابلة^(٣) : إن حقوق العقد ترجع للموكل دون الوكيل ؛ لأن الوكيل عندهم مجرد سفير ومعبّر عن العاقد الأصيل . لكن في هذا الرأي إضاعة للغرض من الوكالة ؛ لأن الموكل يوكل غيره في أموره ليخفف عن نفسه عناء مباشرته لها ، أو لأنه لا يليق به أن يباشرها ، أو لعدم قدرته على القيام بها ، فإذا عادت الحقوق للموكل نفسه لم يتحقق له الغرض من الوكالة^(٤) .

(١) البدائع : ٦ / ٣٣ وما بعدها ، تكملة فتح القدير ٦ / ١٦ وما بعدها ، تبين الحقائق : ٤ / ٢٥٦ ، رد المحتار : ٤ / ٤١٩ ، الكتاب مع اللباب : ٢ / ١٤١ .

(٢) المدونة الكبرى : ١٠ / ٨٢ ، ١٨٦ ، الشرح الصغير : ٢ / ٥٠٦ وما بعدها ، نهاية المحتاج : ٤ / ٤٧ ، مغني المحتاج : ٢ / ٢٣٠ .

(٣) كشاف القناع : ٢ / ٢٣٨ ، المغني : ٥ / ٩٧ ، مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى : ٢ / ٤٦٢ .

(٤) الأموال ونظرية العقد للمرحوم محمد يوسف موسى : ص ٣٧٦ .

انتهاء الوكالة :

تنتهي الوكالة بأحد الأمور التالية^(١) :

١ - انتهاء الغرض من الوكالة : بأن يتم تنفيذ التصرف الذي وكل فيه الوكيل ، إذ يصبح العقد غير ذي موضوع .

٢ - قيام الموكل بالعمل الذي وكل فيه غيره : كأن يبرم البيع الذي وكل فيه غيره .

٣ - خروج الموكل أو الوكيل عن الأهلية : بموت ، أو جنون استمر شهراً ، أو حجر لسفه ؛ لأن الوكالة تتطلب استمرار الأهلية للتصرفات ، فإذا زالت الأهلية بطلت الوكالة . والوكيل يستمد ولايته من الموكل .

ولا يشترط عند الحنفية والشافعية والحنابلة أن يعلم العاقد بخروج الطرف الآخر عن الأهلية بهذه العوارض . وقال المالكية : الأرجح أن الوكيل لا ينعزل بموت الموكل حتى يعلم به .

٤ - استقالة الوكيل : إذا تنازل الوكيل عن الوكالة أو استقال ، أو رفض الاستمرار في العمل ، انتهت الوكالة ؛ لأن الوكالة بغير أجر كما بينا عقد غير لازم ، يجوز للوكيل أن يتنازل عنها في أي وقت . لكن يشترط عند الحنفية في هذه الحالة أن يعلم الموكل بهذا التنازل ، حتى لا يتضرر بما فعل الوكيل ، ولم يشترط الشافعي علم الموكل بعزل الوكيل نفسه .

٥ - هلاك العين الموكل بالتصرف فيها ، بيعاً أو شراءً أو إيجاراً ؛ لأن العقد يصبح

(١) انظر عند الحنفية : البدائع : ٦ / ٣٧ وما بعدها ، تكللة فتح القدير : ٦ / ١٢٣ وما بعدها ، الدر المختار : ٤ / ٤٣٤ ، تبين الحقائق : ٤ / ٢٨٦ وما بعدها . وعند المالكية : بداية المجتهد : ٢ / ٢٩٨ ، الشرح الكبير : ٣ / ٣٩٦ ، وعند الشافعية : مغني المحتاج : ٢ / ٢٢٢ ، المهذب : ١ / ٣٥٧ ، وعند الحنابلة : المغني : ٥ / ١١٢ ، غاية المنتهى : ٢ / ١٥٤ وما بعدها .

غير ذي موضوع . فإذا انهدمت الدار الموكل في شرائها ، أو ماتت المرأة الموكل في تزوجها ، بطلت الوكالة ، لعدم تصور التصرف في المحل المعقود عليه بعد هلاكه .

٦- عزل الموكل وكيله : لأن الوكالة كما عرفنا عقد غير لازم ، فلمسوكل إنهاء الوكالة في أي وقت شاء . لكن يشترط لصحة العزل عند الحنفية شرطان :

أخدهما : علم الوكيل بالعزل ، حتى لا يلحقه ضرر بإبطال ولايته فيما إذا تصرف تصرفاً يوجب عليه الضمان ، بدفع الثمن مثلاً ، وتملك المبيع .

وهذا شرط أيضاً في الأرحح عند المالكية .

وقال الشافعية في الأصح عندهم ، والحنابلة في الأرحح لديهم : لا يشترط علم الوكيل بالعزل ؛ لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه ، فلا يحتاج إلى علمه كالطلاق .

ثانيهما : ألا يتعلق بالوكالة حق لغير الموكل : فإن تعلق بها حق لغيره لم يصح العزل إلا برضا صاحب الحق ، كأن يوكل المدين الراهن شخصاً (هو الدائن أو غيره) ببيع الرهن وسداد الدين منه إذا حل الأجل ، فلا يصح عزل الوكيل حينئذ بغير رضا الدائن صاحب الحق ، لتعلق حقه بالموضوع .

وإذا وكل الزوج شخصاً بطلاق زوجته متى شاء ، فلا يملك الزوج الموكل الرجوع عن الوكالة إلا برضا المرأة .

ولو أراد المدين السفر إلى بلد ، فطلب منه دائنه أن يوكل عنه شخصاً ليخاصمه في طلب الدين وقت الحاجة ، فوكل وكيلاً إجابة لطلبه وسافر ، فليس له أن يعزل الوكيل إلا برضا الدائن .

الفضالة

قد ينعقد العقد بالفضالة التي تتخذ بالإجازة حكم الوكالة . فمن هو الفضولي ،

وما حكم تصرفاته عند الفقهاء ، وما أثر إجازة تصرفاته ، وما هي شروط صحة الإجازة ، وهل يملك فسخ العقد الصادر منه قبل الإجازة ؟

تعريف الفضولي : الفضولي في اللغة : هو من يشتغل بما لا يعنيه أو بما ليس له . وعمله هذا يسمى فضالة . وعند الفقهاء له معنى قريب من هذا . وهو من يتصرف في شؤون غيره ، دون أن يكون له ولاية على التصرف . أو من يتصرف في حق غيره بغير إذن شرعي كأن يزوج من لم يأذن له في الزواج ، أو يبيع أو يشتري ملك الغير بدون تفويض ، أو يؤجر أو يستأجر لغيره دون ولاية أو توكيل . فهذا التصرف يسمى فضالة .

حكم تصرفاته عند الفقهاء : للفقهاء رأيان في تصرف الفضولي :

أولهما - للحنفية والمالكية^(١) : تصرفات الفضولي تقع منعقدة صحيحة ، لكنها موقوفة على إجازة صاحب الشأن : وهو من صدر التصرف لأجله ، إن أجازته نفذ ، وإن رده بطل^(٢) . واستدلوا على رأيهم بما يأتي :

أولاً - بعموم الآيات القرآنية الدالة على مشروعية البيع ، مثل قوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع ﴾ والفضولي كامل الأهلية ، فإعمال عقده أولى من إهماله . وربما كان في العقد مصلحة للمالك ، وليس فيه أي ضرر بأحد ؛ لأن المالك له ألا يجيز العقد ، وإن لم يجد فيه فائدة .

(١) البدائع : ١٤٨ / ٥ وما بعدها ، فتح القدير مع العناية : ٣٠٩ / ٥ وما بعدها ، رد المحتار : ٦ / ٤ ، ١٤٢ ، بداية

المجتهد : ١٧١ / ٢ ، الشرح الكبير مع الدسوقي : ١٢ / ٣ ، القوانين الفقهية : ص ٢٤٥ .

(٢) فرق الحنفية بين بيع الفضولي وشراء الفضولي . أما بيع الفضولي فينعقد صحيحاً موقوفاً على الإجازة ، سواء أضاف الفضولي العقد لنفسه أم إلى المالك ، وأما شراء الفضولي ففيه تفصيل :

إن أضاف الفضولي الشراء لنفسه نفذ العقد عليه ، لأن الأصل أن يكون تصرف الإنسان لنفسه لا لغيره ، وإذا وجد العقد نفاذاً على العاقد نفذ عليه ولا يتوقف . وإن أضاف الفضولي الشراء لغيره ، أو لم يجد نفاذاً عليه لعدم الأهلية ، كأن يكون العاقد صبياً أو مجبوراً ، انعقد الشراء صحيحاً موقوفاً على إجازة هذا الغير الذي تم الشراء له ، فإن أجازته نفذ عليه ، واعتبر الفضولي وكليلاً ترجع إليه حقوق العقد من حين نشوء العقد (البدائع :

١٤٨ / ٥ - ١٥٠ ، مختصر الطحاوي : ص ٨٣ ، الدر المختار ورد المحتار : ٤ / ١٤٣) .

ثانياً - بما ثبت - في الحديث المتقدم في الوكالة - أن النبي ﷺ أعطى عروة البارقي - أحد أصحابه - ديناراً ليشتري له به شاة ، فاشترى شاتين بالدينار ، وباع إحداها بدينار ، وجاء للنبي ﷺ بدينار وشاة ، فقال له « بارك الله لك في صفقة يمينك » فشاء الشاة الثانية وبيعها لم يكن يأذن النبي عليه السلام ، وهو عمل فضولي جائز بدليل إقرار الرسول له .

وخلاصة هذا الرأي : أن الملكية أو الولاية هي من شروط نفاذ التصرف ، فإذا لم يكن العاقد مالكاً ولا ولاية له كان العقد موقوفاً .

الرأي الثاني - للشافعية والحنابلة والظاهرية^(١) : تصرف الفضولي باطل ، لا يصح ولو أجاز له صاحب الشأن ؛ لأن الإجازة تؤثر في عقد موجود ، وهذا العقد لا وجود له منذ نشأته ، فلا تصيره الإجازة موجوداً . واستدلوا بما يأتي :

أولاً - بأن تصرف الفضولي تصرف فيما لا يملك ، وتصرف الإنسان فيما لا يملكه منهي عنه شرعاً ، والنهي يقتضي عدم مشروعية المنهي عنه عندهم ، وذلك في قوله ﷺ لحكيم بن حزام : « لا تبع ما ليس عندك »^(٢) أي ما ليس مملوكاً لك ، وسبب النهي اشتغال العقد على الغرر الناشئ عن عدم القدرة على التسليم وقت العقد ، وما يترتب عليه من النزاع .

وقالوا عن حديث عروة البارقي : إنه كان وكيلاً مطلقاً عن النبي ﷺ ، وتصرفاته التي قام بها تنفذ ، لأنها تمت بمقتضى وكالة خالف فيها الوكيل إلى خير ، فينفذ تصرفه .

(١) المجموع للنووي : ٢٨٤ ، ٢٨١/٩ ، وما بعدها ، مغني المحتاج : ١٥/٢ ، كشاف القناع : ١١/٢ وما بعدها ، القواعد لابن رجب : ص ٤١٧ ، غاية المنتهى : ٨/٢ ، المحلى : ٥٠٣/٨ ، م ١٤٦٠ .

(٢) نص الحديث كما رواه أحمد : « إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه » . وجاء في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فيما رواه الحنابلة : « لا يجل سلف ولا يبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم يقبض ، ولا يبيع ما ليس عندك » (نيل الأوطار : ١٥٧/٥ ، سيل السلام : ١٦/٣) .

ثانياً - إن أي تصرف لا يوجد شرعاً إلا بتوافر الولاية والأهلية عند العاقد ، وهذه الولاية لا تكون إلا بالملك أو بالإذن من المالك ، والفضولي ليس مالكا لما يتصرف فيه ولا مأذوناً له من المالك بالتصرف ، فلا يكون لتصرفه وجود شرعاً ، ولا يترتب عليه أي أثر .

وخلاصة هذا الرأي : أن الملكية أو الولاية من شروط انعقاد التصرف ، فإذا لم يتوفر شرط الانعقاد كان التصرف باطلا .

وقد أخذ القانون المدني السوري في مواد عشرة (١٨٩ - ١٩٨) برأي الحنفية والمالكية ، وطبق عليها قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي (م ١٩١) ، لكنه حصر الفضالة بقيام الفضولي بشأن عاجل لشخص آخر ، كما يفهم من تعريفها (م ١٨٩) : « الفضالة : هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملزماً بذلك » .

شروط إجازة تصرف الفضولي :

اشترط الحنفية القائلون بصحة تصرف الفضولي شروطاً ثلاثة أحدها في المجيز وثانيها في الإجازة وثالثها في نفس التصرف^(١) :

١ - أن يكون للعقد مجيز^(٢) حالة إنشاء العقد : أي أن يكون صاحب الشأن مستطيعاً إصدار العقد بنفسه ، فإن لم يكن كذلك وقع العقد باطلاً من مبدأ الأمر ، وعلى هذا إذا طلق فضولي امرأة زوج بالغ عاقل ، أو وهب ماله ، أو باعه بغبن فاحش ، انعقد التصرف موقوفاً على الإجازة ؛ لأن صاحب الشأن كان يستطيع أن يصدر هذه التصرفات بنفسه ، فيستطيع إجازتها بعد وقوعها ، فكان للتصرف مجيز حالة إنشائه .

(١) البدائع : ١٤٩/٥ - ١٥١ ، فتح القدير : ٣١١/٥ ، الدر المختار ورد المحتار : ١٤١/٤ وما بعدها ، ١٤٦ .

(٢) المجيز : هو صاحب المصلحة والشأن في التصرف ، والذي له حق تقرير وإمضاء التصرف أو رفضه .

أما لو فعل فضولي شيئاً من هذه التصرفات بالنسبة لصغير، فلا ينعقد التصرف أصلاً؛ لأن الصغير ليس أهلاً لهذه التصرفات الضارة، فلا يكون أهلاً لإجازتها، فلم يكن لها مجيز حين نشوء التصرف.

فإن كان التصرف قابلاً لإجازة ولي الصغير كالبيع بمثل القيمة أو أكثر، وكان للصغير ولي، انعقد موقوفاً على إجازته، أو على إجازة الصغير بعد البلوغ.

٢- أن تكون الإجازة حين وجود العاقدين (الفضولي والطرف الآخر) والمعقود عليه وصاحب الشأن: فلو حصلت الإجازة بعد هلاك واحد من هؤلاء الأربعة، بطل التصرف، ولم تفد الإجازة شيئاً؛ لأن الإجازة تؤثر في التصرف، فلا بد من قيام التصرف، وقيامه بقيام العاقدين والمعقود عليه.

٣- ألا يمكن تنفيذ العقد على الفضولي عند رفض صاحب الشأن: مثل بيع ملك الغير أو إجارته، سواء أضاف العقد لنفسه أم لصاحب المال، ومثل شراء شيء لغيره أو استئجار شيء لغيره وأضاف العقد لذلك الغير. ففي كل هذه الحالات يكون العقد موقوفاً.

أما إذا أمكن تنفيذ العقد على الفضولي عند عدم إجازته، فينفذ على الفضولي كشراء شيء أو استئجاره مضيفاً العقد لنفسه، فيلزمه هو.

أثر إجازة تصرف الفضولي:

يترتب على الإجازة من صاحب الشأن أثاران: أحدهما - جعل التصرف نافذاً. ثانيهما - جعل الفضولي وكيلاً يلتزم بمقوق التصرف؛ لأن «الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة»^(١).

(١) البدائع: ١٥١/٥.

أما تاريخ نفاذ التصرف بالإجازة فيختلف حسب نوع التصرف :

إن كان من التصرفات التي لاتقبل التعليق بالشرط كعقود المعاوضات المالية (البيع والإيجار ونحوهما) فإنها تنفذ من وقت إنشائها أي أن للإجازة أثراً رجعياً ؛ لأن أثارها لا تراخى عنها ، وتكون زوائد الشيء وغلته كالأجرة مملوكة لمن وقع العقد له ، أي للمشتري في عقد البيع ؛ لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

وإن كان التصرف مما يصح تعليقه بالشرط كالكفالة والحوالة والوكالة والطلاق ، فإنه ينفذ من وقت الإجازة ؛ لأن هذه التصرفات معلقة في المعنى على الإجازة .

وإن كان التصرف يتطلب التسليم الفعلي كالهبة ، فينفذ من وقت تسليم الموهوب له .

فسخ تصرف الفضولي :

تصرف الفضولي غير ملزم لصاحب الشأن ، فيجوز حينئذ فسخه . والفسخ قد يكون من صاحب الشأن (البائع أو المشتري مثلا) ؛ لأن التصرف موقوف على رضاه وإجازته ، فما لم يجزه لم يتم التصرف .

وقد يكون الفسخ من الفضولي نفسه في عقد البيع قبل إجازة المالك صاحب الشأن حتى يدفع عن نفسه الحقوق التي تلزمه لو أجاز المالك .

أما عقد الزواج فليس للفضولي فسخه ؛ لأنه عقد ترجع فيه الحقوق إلى الأصيل صاحب الشأن^(١) .

(١) البدائع : ١٥١/٥ ، فتح القدير : ٣٠٩/٥ - ٣١٢ .

هل لفضولي واحد أن يعقد العقد عن الطرفين ؟

عرفنا سابقاً أن تعدد العاقد شرط في انعقاد العقد ، فليس للفضولي الواحد إبرام العقد سواء في البيع أو الزواج وغيرهما ، بل يبطل الإيجاب ولا تلحقه الإجازة^(١) ، سواء أكان فضولياً من الجانبين ، أو من جانب واحد ومن الجانب الآخر أصيلاً عن نفسه ، أو وكيلاً ، أو ولياً عن القاصر . فلو قال : بعث دار فلان ، وقبلت الشراء عن فلان ، أو زوجت فلاناً فتاة اسمها كذا ، وقبلت زواج هذه الفتاة لفلان ، لم ينعقد العقد .

العنصر الثالث - محل العقد :

محل العقد أو المعقود عليه : هو ما وقع عليه التعاقد ، وظهرت فيه أحكامه وآثاره . وهو قد يكون عيناً مالية كالبيع والرهن والموهوب ، وقد يكون عيناً غير مالية كالمرأة في عقد الزواج ، وقد يكون منفعة كمنفعة الشيء المأجور في إجازة الأشياء من الدور والعقارات ومنفعة الشخص في إجازة الأعمال^(٢) .

وليس كل شيء صالحاً ليكون معقوداً عليه ، فقد يمتنع إبرام العقد على شيء شرعاً أو عرفاً ، كالخمر لاتصلح أن تكون معقوداً عليها بين المسلمين ، والمرأة المحرم بسبب رابطة النسب أو الرضاع ، لاتصلح أن تكون زوجة لقريبها .

لذا اشترط الفقهاء أربعة شروط في محل العقد ، وهي ما يأتي :

١- أن يكون موجوداً وقت التعاقد :

فلا يصح التعاقد على معدوم كبيع الزرع قبل ظهوره لاحتمال عدم نباته ، ولا

(١) حاشية ابن عابدين : ٤٤٨/٢ .

(٢) الإجازة نوعان : إجازة المنافع : وهي أن يكون المعقود عليه منفعة لإجازة الدور والمنازل والحوانيت والأراضي ، وإجازة الأعمال : وهي التي تعقد على عمل معلوم كبناء وخياطة وحمل إلى موضع معين ، وصباغة وإصلاح شيء ، وتقديم خبرة كخبرة الأطباء والمهندسين .

على ماله خطر العدم، أي احتمال عدم الوجود كبيع الحمل في بطن أمه، لاحتمال ولادته ميتاً، وكبيع اللبن في الضرع، لاحتمال عدمه بكونه انتفاخاً، وكبيع اللؤلؤ في الصدف، ولا يصح التعاقد على مستحيل الوجود في المستقبل، كالتعاقد مع طبيب على علاج مريض توفي، فإن الميت لا يصلح محلاً للعلاج، وكالتعاقد مع عامل على حصاد زرع احترق، فكل هذه العقود باطلة.

وهذا الشرط مطلوب عند الحنفية والشافعية^(١)، سواء أكان التصرف من عقود المعاوضات أو عقود التبرعات، فالتصرف بالمعدوم فيها باطل، سواء بالبيع أو الهبة أو الرهن، بدليل نهى النبي ﷺ عن بيع حبل الحبلية^(٢) ونهيه عن المضامين والملاقيح^(٣)، وعن بيع ماليس عند الإنسان^(٤)؛ لأن المبيع فيها وقت التعاقد معدوم.

واستثنى هؤلاء الفقهاء من هذه القاعدة العامة في منع التصرف بالمعدوم عقود السلم والإجارة والمساقاة والاستصناع^(٥)، مع عدم وجود المحل المعقود عليه حين إنشاء العقد، استحساناً مراعاة لحاجة الناس إليها، وتعارفهم عليها، وإقرار الشرع صحة

(١) البدائع: ١٣٨/٥ وما بعدها، المبسوط: ١٩٤/١٢ وما بعدها، فتح القدير: ١٩٢/٥، مغني المحتاج: ٣٠/٢، المهذب: ٢٦٢/١.

(٢) أي بيع ولد ولد الناقة، أو بيع ولد الناقة. والحديث رواه أحمد ومسلم والترمذي عن ابن عمر (نيل الأوطار: ١٤٧/٥).

(٣) المضامين: ما في أصلاب الإبل، والملاقيح: ما في بطون النوق. وهذه البيوع كانت متعارفة في الجاهلية. والحديث رواه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن عمر (نصب الراية: ١٠/٤).

(٤) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة، وصححه الترمذي وابن خزيمة والحاكم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ: «لا يجل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك». (سبل السلام: ١٦/٣).

(٥) السلم: هو بيع أجل بعاجل أي بيع شيء غير موجود بثمن حال، كما يفعل الزراع مع التجار في بيعهم المحصولات الزراعية قبل الحصاد. وقد أجازته الشرع في السنة: «من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» والإجارة هي عقد على المنافع بعموض. وقد ثبتت مشروعيتها بالقرآن والسنة وإجماع العلماء، والاستصناع: هو الاتفاق على عمل الصانع بأن يصنع شيئاً نظير عوض معين، بخامات من عنده، كما تفعل مع الحياطين والتجارين والحدادين مثلاً. وقد أجاز بالإجماع حاجة الناس إلى التعامل به في كل زمان ومكان.

السلم والإجارة، والمساقاة^(١) ونحوها.

واكتفى المالكية^(٢) باشتراط هذا الشرط في المعاوضات المالية، أما في عقود التبرعات كالهبة والوقف والرهن فأجازوا ألا يكون محل العقد موجوداً حين التعاقد، وإنما يكفي أن يكون محتمل الوجود في المستقبل.

وأما الخنابلة^(٣): فلم يشترطوا هذا الشرط، واكتفوا بمنع البيع المشتل على الغرر^(٤) الذي نهى عنه الشرع، مثل بيع الحُمْل في البطن دون الأم، وبيع اللبن في الضرع، والصوف على ظهر الغنم. وأجازوا فيما عدا ذلك: كما قرر ابن تيمية وابن القيم- بيع المعدوم عند العقد إذا كان محقق الوجود في المستقبل بحسب العادة، كبيع الدار على الهيكل أو الخريطة؛ لأنه لم يثبت النهي عن بيع المعدوم لا في الكتاب ولا في السنة ولا في كلام الصحابة، وإنما ورد في السنة النهي عن بيع الغرر: وهو ما لا يقدر على تسليمه، سواء أكان موجوداً أو معدوماً كبيع الفرس والجمال الشارد، فليست العلة في المنع لا العدم ولا الوجود، فبيع المعدوم إذا كان مجهول الوجود في المستقبل باطل للغرر، لا للعدم.

بل إن الشرع صحح بيع المعدوم في بعض المواضع، فإنه أجاز بيع الثمر بعد بدء

(١) المساقاة: هي تعهد العمل على سقاية وتربية الأشجار بنسبة من الناتج. وقد ثبت تشريعها في السنة. ومثلها المزارعة: هي العمل على استثمار الأراضي الزراعية بنسبة من المحصول.

(٢) القوانين الفقهية: ص ٣٦٧، الشرح الصغير: ٣/٣٠٥، ط دار المعارف بمصر. قال ابن رشد في بداية المجتهد: ٢/٣٢٤ «ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود، وبالجملة: كل ما لا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر.

(٣) أعلام الموقعين: ٨/٢ وما بعدها، نظرية العقد لابن تيمية: ص ٢٢٤، المغني: ٤/٢٠٠، ٢٠٨.

(٤) روى الجماعة إلا البخاري عن أبي هريرة «نهى النبي ﷺ عن بيع الحصة وعن بيع الغرر» أي نهى عن بيع المبيع المشتل على غرر، فالبيع نفسه لا البيع هو الغرر، كالثمر قبل بدو صلاحها. والغرر: ما تردد بين السلامة والعطب. أو ما لا يقدر التعاقد على تسليمه موجوداً كان أو معدوماً. وبيع الحصة: أي ما وقعت عليه الحصة من عدة أشياء (نيل الأوطار: ١٤٧/٥).

صلاحه ، والحب بعد اشتداده ، والعقد في هذه الحالة ورد على الوجود والمعدوم الذي لم يخلق بعد .

وأما حديث النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان فالسبب فيه : هو الغرر لعدم القدرة على التسليم ، لأنه معدوم .

بيع الثمار أو الخضار أو الزروع :

يترتب على اشتراط وجود المعقود عليه أو قابليته للوجود في المستقبل حكم بيع الثمر أو الخضار أو الزرع في الأرض قبل ظهوره أو بعد ظهوره وقبل نضجه^(١) .

أ- اتفق الفقهاء على بطلان بيع الثمار والزروع قبل أن تخلق ، لنهي النبي ﷺ عن بيع ما لم يخلق ، ونهيه عليه السلام عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها . وعلل النهي عن البيع بقوله ﷺ : « رأيت إذا منع الله الثمرة ، بم يأخذ أحدكم مال أخيه »^(٢) ؟

ب- إذا أصبح الزرع والثمر بحالة ينتفع بها انتفاعاً كاملاً ، صح التعاقد عليه ؛ لأن محل العقد موجود . ويجوز إبقاؤه في الأرض أو على الشجر إلى وقت الحصاد أو القطف عند غير أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ لأن العرف يقتضيه ويتعامل به الناس عادة .

ج- إذا أصبح الزرع والثمر بحالة لا ينتفع بها انتفاعاً كاملاً ، كأن صار العنب

(١) انظر عند الحنفية: البدائع: ١٧٣ / ٥ ، المبسوط: ١١٢ / ١٥ وما بعدها، فتح القدير: ١٠٢ / ٥ وما بعدها، تبين الحقائق: ١٢ / ٤ ، الدر المختار: ٤٠ / ٤ ، وعند المالكية: المنتقى على الموطأ: ٢١٧ / ٤ وما بعدها، بداية المجهتد: ١٤٨ / ٢ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ٢٦١ . وعند الشافعية: تكلية المجموع: ١١ / ٣٥١ ، ٣٦٠ ، مفي المحتاج: ٨٦ / ٢ ، ٨٩ ، ٩١ وما بعدها، وعند الحنابلة: ٨٠ / ٤ ، ٨٧ ، ٨٩ وما بعدها، غاية المنتهى: ٦٨ / ٢ وما بعدها، وعند الظاهرية: المحلى: ٨ / ٤٧١ وعند الزيدية: البحر الزخار: ٣ / ٢١٧ ، وعند الإمامية: المختصر النافع: ص ١٥٤ ، وعند الإباضية: شرح النيل: ٤ / ٧٢ وما بعدها .

(٢) أخرجه البخاري ومسلم عن أنس « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى تزهى ، قالوا: وما تزهى ؟ قال: تممر ، وقال: إذا منع الله الثمرة فم تستحل مال أخيك » (نيل الأوطار: ١٧٣ / ٥) .

حصراً ، والبلح بسراً ، والزرع سنبلأ أخضر لم يبيس ، جاز بيعه عند الإمامين مالك ومحمد بن الحسن استحساناً لتعارف الناس وتعاملهم به . ولم يجز بيعه عند أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي ، لأن إبقائه أمر مطلوب ، وفي إبقائه منفعة للمشتري لا يقتضيها العقد ولا يلائمه .

د- إذا بدا صلاح بعض الأشجار المثمرة في بستان أو في بساتين متجاورة يجوز بيع ما ظهر صلاحه وما لم يظهر عند المالكية والشيعة الإمامية وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة ، عملاً بحسن الظن بالله تعالى وبمساعدة الإنسان لأخيه ، وتعارف الناس عليه ، إلحاقاً لما لم يظهر صلاحه بما ظهر ، ودفعاً للمشقة على الناس في تعاملهم .

ولم يجز ذلك الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية والظاهرية والإباضية ؛ لأن العقد اشتمل على معلوم ومجهول قد لا يخرج الله تعالى من الشجرة لعدم القدرة على تسليم المبيع كله .

والخلاصة : أن من منع البيع في هذه الصور أراد الاحتياط في أخذ مال الغير ، ومن أجاز البيع أراد التيسير على الناس ومراعاة الأعراف .

هذا ويتفق القانون المدني السوري (م ١٣٢ ، ١٣٣) مع الفقه الإسلامي في هذا الشرط ، فقد شرط فقهاء القانون في محل الالتزام أن يكون شيئاً موجوداً وقت نشوء الالتزام ، أو قابلاً للوجود في المستقبل^(١) ، لكن لا يجوز قانوناً ولا شرعاً بيع التركة المستقبلية ، فلا يجوز للوارث بيع حصته من تركة مورثه وهو على قيد الحياة . ويجوز قانوناً لا شرعاً بيع المؤلف مؤلفه قبل إتمامه ، وبيع المحصولات المستقبلية قبل أن تنبت بثن مقدر ، وبيع النتائج الذي لم يولد ، ويمكن تصحيح هذه العقود على رأي ابن تيمية الذي يجيز العقد على الشيء الذي يمكن وجوده في المستقبل إذا امتنع الفرر .

(١) النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحي حجازي : ص ٦٥ .

٢- أن يكون المعقود عليه مشروعاً .

يشترط أن يكون محل العقد قابلاً لحكمه شرعاً ، باتفاق الفقهاء^(١) ، بأن يكون مالا مملوكاً متقوماً ، فإن لم يكن كذلك ، كان العقد عليه باطلاً . فبيع غير المال كالميتة والدم^(٢) ، أو هبتها أو رهنها أو وقفها أو الوصية بها باطل ؛ لأن غير المال لا يقبل التملك أصلاً ، وذبيحة الوثني والملحد والمجوسي والمرتد كالميتة .

ويبطل بيع غير المملوك أو هبته : وهو المباح للناس غير المحرز كالسمك في الماء والطير في الهواء والكلأ والحطب والتراب والحيوانات البرية أو المخصص للنفع العام كالطرق والآنهار والجسور والقناطر العامة ؛ لأنها غير مملوكة لشخص أو لا تقبل التملك الشخصي .

والتصرف بغير المتقوم باطل أيضاً : وهو ما لا يمكن ادخاره ولا الانتفاع به شرعاً ، كالخمر والخنزير بين المسلمين .

وأما آلات الملاهي كأدوات الموسيقى المختلفة فيجوز بيعها عند أبي حنيفة لإمكان الانتفاع بالأدوات المركبة منها ، ولأنها مال في ذاتها ، ولا ينعقد بيعها عند الصاحبين وبقية الأئمة ؛ لأنها معدة للفساد واللغو . وبناء عليه يضمن قيمتها من يتلف شيئاً منها عند أبي حنيفة ، ولا يضمن عند غيره من الفقهاء .

ويبطل التصرف بكل شيء ، لا يقبل بطبيعته حكم العقد الوارد عليه ، فالأموال التي يتسارع إليها الفساد كالخضروات والفواكه لا تصلح محلاً للرهن ؛ لأن

(١) البدائع: ١٤٠ / ٥ وما بعدها، حاشية ابن عابدين: ٢ / ٤ ، مغني المحتاج: ١١ / ٢ وما بعدها، الشرح الصغير:

٢٢ / ٣ وما بعدها، غاية المنتهى: ٦ / ٢ وما بعدها .

(٢) أجاز الشافعية والحنابلة خلافاً لأبي حنيفة ومالك بيع حليب المرأة المرضع للحاجة إليه وتحقيق النفع به ، وأجاز الحنابلة بيع أعضاء الإنسان كالعين وقطعة الجلد إذا كان ينتفع بها ليرقع بها جسم الآخر لضرورة الأحياء ، وبناء عليه يجوز بيع الدم الآن للعمليات الجراحية للضرورة (راجع المغني: ٢٦٠ / ٤) .

حكمه : وهو حبس المرهون لإمكان استيفاء الدين منه عند عدم الأداء في وقته ، لا تقبله هذه الأموال . والمرأة من المحارم كالأخت والعمة بالنسبة لقرابتها المحرم لا تصلح محلاً لعقد الزواج . والعمل الممنوع شرعاً كالقتل والغصب والسرقة والإتلاف لا يصح الإجارة عليه .

ويتفق القانون مع الفقه الإسلامي في اشتراط هذا الشرط ، فقد شرط القانونيون أن يكون الشيء داخلاً في دائرة التعامل . وأن يكون في بعض الأحوال مملوكاً للملتزم بنقل ملكيته وذلك في الحقوق العينية المنصبة على شيء معين بالذات ^(١) ، إلا أن فقهاء الشرع يجعلون تحريم الشرع وعدمه هو المحكم في جعل محل الالتزام مشروعاً أم غير مشروع ، والقانون يحكم في ذلك قواعد النظام العام والآداب .

٣- أن يكون مقدور التسليم وقت التعاقد :

يشترط باتفاق الفقهاء توافر القدرة على التسليم وقت التعاقد ، فلا ينعقد العقد إذا لم يكن العاقد قادراً على تسليم المعقود عليه ، وإن كان موجوداً ومملوكاً للعاقد . ويكون العقد باطلاً .

وهذا الشرط مطلوب في المعاوضات المالية باتفاق العلماء وفي التبرعات ^(٢) عند غير الإمام مالك ، فلا يصح بيع الحيوان الشارد ولا إجارته ورهنه وهبته ووقفه ونحوها ، ولا يصح التعاقد بيعاً أو إجارة أو هبة على الطير في الهواء والسماك في البحر والصيد بعد فراره والمغصوب في يد الغاصب والدار في الأرض المحتلة من العدو ، لعدم القدرة على التسليم .

وأجاز الإمام مالك أن يكون معجوز التسليم حال التعاقد محلاً لعقد الهبة وغيره

(١) نظرية الالتزام للدكتور حجازي : ص ٦٥ ، ٧١ .

(٢) البدائع : ٤ / ١٨٧ ، ٥ / ١٤٧ ، ٦ / ١١٩ ، بداية المجتهد : ٢ / ١٥٦ ، الشرح الكبير : ٣ / ١١ ، الشرح الصغير :

٢ / ٢٢ ، الهذب : ١ / ٢٦٢ ، مغني المحتاج : ٢ / ١٢ ، المغني : ٤ / ٢٠٠ وما بعدها ، غاية المنتهى : ٢ / ١٠ .

من التبرعات^(١). فيصح عنده هبة الحيوان الفار وإعارته والوصية به ، لأنه في التبرع لا يثور شيء من النزاع حول تسليم المعقود عليه ؛ لأن المتبرع فاعل خير ومحسن ، والمتبرع له لا يلحقه ضرر من عدم التنفيذ ، لأنه لم يبذل قليلاً ولا كثيراً ، فلا يكون هناك ما يؤدي إلى النزاع والخصام الذي يوجد في المعاوضات المالية .

وهذا الشرط لم يذكر عند القانونيين ، ويظهر أنهم لا يشترطونه .

٤ - أن يكون معيناً معروفاً للعاقدين :

لا بد عند الفقهاء أن يكون محل العقد معلوماً علماً يمنع من النزاع ؛ للنهي الوارد في السنة عن بيع الغرر وعن بيع المجهول^(٢) . والعلم يتحقق إما بالإشارة إليه إذا كان موجوداً ، أو بالرؤية عند العقد أو قبله بوقت لا يحتمل تغيره فيه ، ورؤية بعضه كافية إذا كانت أجزاءه متاثلة ، أو بالوصف المانع للجهالة الفاحشة ، وذلك ببيان الجنس والنوع والمقدار ، كأن يكون المبيع حديداً من الصلب أو الفولاذ من حجم معين .

فلا يصح التصرف بالمجهول جهالة فاحشة : وهي التي تفضي إلى المنازعة . ويكون العقد فاسداً عند الحنفية ، باطلاً عند غير الحنفية ، وتغتفر الجهالة اليسيرة ، وهي التي لا تؤدي إلى المنازعة ويتسامح الناس فيها عادة .

كما لا يصح التصرف بما يشتمل على الغرر . ويلاحظ أن الغرر أعم من الجهالة فكل مجهول غرر ، وليس كل غرر مجهولاً ، فقد يوجد الغرر بدون الجهالة كما في شراء الشيء الهارب المعلوم الصفة ، ولكن لا توجد الجهالة بدون الغرر^(٣) .

(١) الشرح الصغير: ١٤٢ / ٤ .

(٢) سبق تخريج الحديث ، رواه الجماعة إلا البخاري عن أبي هريرة « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر » وبيع الحصاة : أن يقول : بعتك من هذه الأثواب ما وقعت عليه هذه الحصاة ، ويرمي الحصاة . أو يقول : من هذه الأرض ما انتهت إليه في الرمي (نيل الأوطار: ١٤٧ / ٥) .

(٣) الفروق للقرافي المالكي: ٢ / ٢٦٥ ، تهذيب الفروق بهامشه: ٣ / ٢٧٠ وما بعدها .

وهذا الشرط مطلوب في المعاوضات المالية كالبيع والإيجار باتفاق الفقهاء ، أما اشتراطه في غيرها فحل اختلاف :

فالشافعية والحنابلة^(١) يشترطونه في عقود المعاوضات المالية وفي غير المالية كعقد الزواج ، وفي عقود التبرعات كالهبة والوصية والوقف .

وقصره الحنفية^(٢) على المعاوضات المالية وغير المالية ، ولا يشترطونه في عقود التبرعات كالوصية والكفالة ، فيصح التبرع مع جهالة المحل ؛ لأن الجهالة فيه لا تؤدي إلى النزاع ، كأن يوصي شخص بجزء من ماله ، ويكون البيان متروكاً للورثة . وكأن يقول الكفيل : أنا ضامن ما على فلان من مال .

واكتفى المالكية^(٣) باشتراطه في عقود المعاوضات المالية فقط ، فأبطلوا كل عقد بيع مثلاً إذا كان مشتتاً على جهالة المبيع أو الثمن . ولم يشترطوا هذا الشرط في عقود المعاوضات غير المالية ، وفي عقود التبرعات ، فأجازوا الزواج المشتتل على غرر قليل لا كثير كأثاث بيت ، لا على شيء شارد أو ضائع ؛ لأن القصد من المهر هو المودة والألفة فأشبه التبرع فاغتفرت فيه الجهالة اليسيرة ، لا الفاحشة ؛ لأن في الزواج شهاً بالمعاوضات ، وصححو التبرع بالمجهول جهالة فاحشة ؛ لأن القصد منه الإحسان بالصرف والتوسعة على الناس ، ولا يترتب على ذلك نزاع .

والقانون المدني في المادة (١٣٤) اشترط هذا الشرط أيضاً ، متجاوزاً عن الجهالة اليسيرة إذا كان المحل غير معين بالذات ، أي معيناً بنوعه فقط . فقال فقهاء القانون : يشترط أن يكون الشيء معيناً أو قابلاً للتعين بشرط بيان طرق التعين اللاحق .

(١) مغني المحتاج : ١٦ / ٢ ، المهذب : ١ / ٢٦٣ ، ٢٦٦ ، المغني : ٤ / ٢٠٩ ، ٢٣٤ ، غاية المنتهى : ٢ / ١١ ، ٣٣٢ وما بعدها ، ٢ / ١٨ ، ٦٠ .

(٢) المبسوط : ١٣ / ٢٦ ، ٤٩ ، البدائع : ٥ / ١٥٨ ، فتح القدير : ٥ / ١١٣ ، ٢٢٢ ، الدر المختار : ٤ / ٣٠ ، ١٢٥ .

(٣) الشرح الكبير : ٣ / ١٠٦ ، القوانين الفقهية : ص ٢٦٩ ، المنتقى على الموطأ : ٤ / ٢٩٨ ، الفروق : ١ / ١٥٠ وما بعدها .

فإذا كان الشيء محل الالتزام مما يعين بذاته وجب أن تكون ذاتيته معروفة . وإذا كان الشيء مما يعين بنوعه لزم أن يذكر جنسه ونوعه ومقداره^(١) . والشرع والقانون وإن اتفقا على هذا الشرط من حيث المبدأ ، لكنها يختلفان في التطبيق ، فالشرعيون يوجبون تعيين محل العقد تعييناً تاماً لا يتطرق إليه أي احتمال ، وإلا كان العقد فاسداً عند الحنفية باطلاً عند غيرهم ، ولا يجوزون كون المحل قابلاً للتعيين ، والقانون يكتفي بكون المحل قابلاً للتعيين ، وإن لم يكن معيناً وقت التعاقد ، كالتعهد بتوريد أغذية معينة النوع لمدرسة أو مشفى .

وأخيراً اشترط غير الحنفية^(٢) شرطاً خامساً : وهو أن يكون المبيع طاهراً لا نجساً ولا متنجساً ؛ لأن جواز البيع يتبع الطهارة ، فكل ما كان طاهراً أي ما يباح الانتفاع به شرعاً يجوز بيعه عندهم . وأما النجس والمتنجس فيبطل بيعه ، والنجس : مثل الكلب ولو كان معلماً للنهي عن بيعه ، والخنزير والميتة والدم والزبل والحشرات والبهائم الكاسرة التي لا يؤكل لحمها كالأسد والذئب ، والطيور الجارحة كالنسر والغراب والحدأة ، والمتنجس الذي لا يمكن تطهيره كالخيل واللبس واللبن . لكن أجاز هؤلاء الفقهاء بيع المختلف في نجاسته كالبغل والحمار ، وبيع المهر وطيور الصيد كالصقر والعقاب المعلم ، والطيور المقصود صوته كالهزار والبلبل والبيغاء .

ولم يشترط الحنفية^(٣) هذا الشرط ، فأجازوا بيع النجاسات كشعر الخنزير وجلد الميتة للانتفاع بها إلا ما ورد النهي عن بيعه منها كالخمر والخنزير والميتة والدم^(٤) ، كما

(١) موجز النظرية العامة للالتزام لأستاذنا الدكتور عبد الحي حجازي : ص ٦٦ وما بعدها .

(٢) مواهب الجليل : ٢٥٨ / ٤ وما بعدها ، الشرح الكبير : ١٠ / ٣ ، بداية المجتهد : ١٢٥ / ٢ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٢٤٦ ، المهذب : ١ / ٢٦١ وما بعدها ، مغني المحتاج : ١١ / ٢ ، المغني : ٤ / ٢٥١ ، ٢٥٥ وما بعدها ، غاية المنتهى : ٦ / ٢ وما بعدها .

(٣) البدائع : ١٤٢ / ٥ وما بعدها ، فتح القدير : ١٨٨ / ٥ ، ١٢٢ / ٨ .

(٤) روى أحمد والشيخان عن جابر بن عبد الله أنه سمع رسول الله ﷺ يقول عام الفتح - فتح مكة في رمضان سنة =

أجازوا بيع الحيوانات المتوحشة، والمتنجس الذي يمكن الانتفاع به في غير الأكل .
والضابط عندهم : أن كل ما فيه منفعة تحل شرعاً ، فإن بيعه يجوز ، لأن الأعيان
خلقت لمنفعة الإنسان بدليل قوله تعالى : ﴿ خلق لكم ما في الأرض جميعاً ﴾ .

العنصر الرابع - موضوع العقد :

إن موضوع العقد : هو أحد مقوماته الأربعة التي لا بد من وجودها في كل
عقد .

وموضوع العقد : هو المقصد الأصلي الذي شرع العقد من أجله . وإذا كان
القانون عند القانونيين هو الذي يحدد مقصد العقد أو آثاره ، لا إرادة العاقد ، فإن
المشرع في الشريعة الإسلامية هو الذي يحدد الآثار الخاصة لكل عقد ، وبهذا التحديد
وفي نطاقه المقرر تتحقق الأغراض الصحيحة التي يقصدها العاقدان من إنشاء العقد .

وموضوع العقد واحد ثابت في كل فئة أو نوع من أنواع العقود ، ويختلف
باختلاف فئات العقود أو أنواعها ، فهو في عقود البيع واحد : وهو نقل ملكية المبيع
للمشتري بعوض . وفي الإجازات : هو تمليك المنفعة بعوض ، وفي الهبات : هو تمليك
العين الموهوبة ، بلا عوض ، وفي الإعارات : هو تمليك المنفعة بلا عوض ، وفي الزواج :
هو حل الاستمتاع المشترك بين الزوجين .

وموضوع العقد يتحد في الحقيقة مع عبارتي : المقصد الأصلي للعقد (أو الغاية
النوعية من العقد) ، وحكم العقد ، فهذه المصطلحات الثلاثة مترادفة يمثل كل واحد
منها وجهاً لحقيقة واحدة . فإذا نظر إلى هذه الحقيقة من وجهة نظر الشارع قبل
إيجاد العقد سميت مقصداً أصلياً للعقد أي مآل العقد . وإذا نظر إلى هذه الحقيقة

= ثمان من الهجرة- وهو بمكة : « إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام... » (سبل السلام ٥/٣)
وروى أحمد وأبو داود عن ابن عباس : «... وإن الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه » (نيل
الأوطار : ٥ / ١٤١ - ١٤٢).

من وجهة نظر الشارع بعد وجود العقد سميت حكم العقد أي الأثر المترتب عليه .
وإذا لاحظنا المرحلة المتوسطة التي تقع إبان التعاقد أي بين مرحلة إيجاده وتماه
فتسمى هذه الحقيقة موضوع العقد^(١) . فهذه العبارات الثلاثة تطلق على حقيقة
واحدة مثلثة الوجوه^(٢) .

والمقصد الأصلي للعقد في الشريعة ربما يلتقي في بعض الخصائص مع المفهوم
التقليدي للسبب عند القانونيين ، وهو الذي لم تأخذ به قوانيننا العربية في سوريا
ومصر وليبيا وغيرها . وهو المسمى : السبب الفني للالتزام : وهو السبب القريب المجرد
الذي يكون واحداً في كل الالتزامات التي من نوع واحد ، وهو لازم لنشوء الالتزام
ولاستمراره .

فكل من المقصد الأصلي والسبب الفني موضوعي وواحد في العقد . ففي عقد
البيع مثلاً السبب الفني للالتزام البائع بنقل ملكية المبيع : هو التزام المشتري بدفع
الثمن . والمقصد الأصلي لعقد البيع : هو نقل الملكية بعوض ، أي أن السبب الفني هو
واحد في كل التزام بنقل الملكية ، لا يختلف من التزام إلى آخر بحسب اختلاف
الأشخاص . فسبب التزام البائع بنقل الملكية هو رغبته في الحصول على ثمن ما باع .
وكذلك المقصد الأصلي هو واحد كما عرفنا في النوع الواحد من العقود ، لا يختلف إلا
باختلاف نوع العقد .

لكن الفرق بين السبب الفني والمقصد الأصلي : هو أن السبب الفني ملازم لإرادة
العاقده الخاصة ، وإن كان متميزاً عنها . أما المقصد الأصلي فهو في الأصل منفك عن

(١) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف ١٤٩ ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي للدكتور وحيد سوار : ف
٥٣١ ، ص ٥٠١ وما بعدها .

(٢) يلاحظ أن هناك فرقاً بين موضوع العقد ومحل العقد ، أما موضوع العقد فهو المقصد الأصلي للعقد منظوراً إليه
إبان تكوين العقد ، وأما محل العقد فهو العقود عليه الذي يثبت فيه حكم العقد ، كالبيع والثن .

الإرادة الخاصة للعاقِد ، غير متلازم معها ، وإنما هو متلازم مع إرادة الشارع^(١) .

فالسبب في الفقه الإسلامي هو المقصد الأصلي للعقد^(٢) ، أي أن السبب هو مجموع الآثار المتولدة ، فإن كانت هذه الآثار سليمة ، ذات محل مشروع ، كان العقد صحيحاً ، وإلا كان العقد باطلاً . وهذه الآثار : هي التي دفعت العاقِد إلى التعاقد .

والحقيقة : أن التقاء المقصد الأصلي في الشريعة مع السبب الفني في بعض الخصائص لا يعني أن أحدهما هو بمعنى الآخر ؛ لأن السبب الفني هو سبب الالتزام وسبب الالتزام يختلف عن سبب العقد . ففي العقود التبادلية : سبب التزام أحد المتعاقدين هو التزام المتعاقِد الآخر ، فسبب التزام البائع بنقل الملكية هو التزام المشتري بدفع الثمن . وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل الملكية .

وهذا المعنى للسبب المدني يختلف عن المقصد العام للعقد في الشريعة ، المعتبر في جميع العقود التي تبرم من نوع واحد ، فالبيوع كلها مقصدها واحد هو المقصد العام لهذا النوع من العقد . وهو يختلف عن السبب الفني ؛ لأن الثاني خاضع لإرادة العاقِد ، والمقصد النوعي خاضع لإرادة الشرع .

والسبب الفني يختلف عن الباعث ؛ لأن الأول : هو الغرض الدافع والمباشر الذي التزم المدين من أجله . والباعث : هو ما قبل ذلك من الدوافع^(٣) . وإذا كان الفقه الإسلامي لا يعتد بالسبب الفني في المفهوم التقليدي للسبب عند القانونيين فإنه يتوصل إلى نفس الدور الذي يقوم به السبب الفني من ناحيتين : أولاهما - من طريق تحديد شرائط العقد والمحل ، كعنصر نشوء أو تكوين ، وثانيهما - من طريق فكرة « التعادل » في التبادل كعنصر تنفيذ^(٤) .

(١) التعبير عن الإرادة ، للدكتور سوار : ف ٥٢٤ .

(٢) المرجع السابق : ف ٥١٧ .

(٣) موجز نظرية الالتزام ، للدكتور حجازي : ص ١٠٤ .

(٤) التعبير عن الإرادة : المرجع السابق : ف ٥٢٦ ، النظرية العامة للالتزام ، سوار : ص ١٥٤ .

السبب في النظرية الحديثة عند القانونيين :

السبب في القضاء اليوم والذي أخذت به القوانين المدنية العربية في سوريا (م ١٣٧ ، ١٣٨) وفي مصر (م ١٣٦ ، ١٣٧) : هو المسمى : سبب العقد ، أو السبب المصلحي أو سبب السبب وهو الباعث الذاتي أو الدافع البعيد الذي دفع العاقد إلى العقد . والسبب بهذا المعنى ليس عنصراً موضوعياً ، وإنما يختلف في النوع الواحد من الالتزامات باختلاف الأشخاص ، فهو إذاً عنصر شخصي ، غير ثابت ، بعكس السبب الفني الذي يعد عنصراً موضوعياً ثابتاً في النوع الواحد من الالتزام .

وإذا كانت وظيفة السبب الفني أو التقليدي : هي سلامة الالتزام من الناحية الفنية ، فوظيفة سبب العقد أو السبب في النظرية الحديثة : هي منع صحة عقد يبتغى بوسائل مشروعة للوصول إلى نتائج غير مشروعة ، فبه تتحقق مصلحة المجتمع ، وهي حماية الأخلاق أو النظام العام ، أي أن السبب المصلحي يتضمن فكرة الجزاء على خطأ : وهو إرادة المتعاقدين تحقيق غاية غير مشروعة .

موقف الفقهاء من نظرية السبب بالمعنى الحديث (الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة) : في الفقه الإسلامي حول نظرية السبب هذه اتجاهاً^(١) :

اتجاه تغلب فيه النظرة الموضوعية ، واتجاه يلاحظ فيه النوايا والبواعث الذاتية .

أما الاتجاه الأول : فهو مذهب الحنفية والشافعية^(٢) الذين يأخذون بالإرادة الظاهرة في العقود ، لا بالإرادة الباطنة ، أي أنهم حفاظاً على مبدأ استقرار المعاملات

(١) مصادر الحق للسنهوري : ٥١/٤ وما بعدها .

(٢) راجع عند الحنفية مختصر الطحاوي : ص ٢٨٠ ، تكللة فتح القدير : ١٢٧/٨ ، البدائع : ١٨٩/٤ ، تبين الحقائق : ١٢٥/٥ ، وعند الشافعية : الأم ٨٥/٣٢ ، المهذب ٢٦٧/١ ، مغني المحتاج : ٣٧/٢ وما بعدها ، الباجوري على ابن القاسم : ٣٥٣/١ .

لا يأخذون بنظرية السبب أو الباعث ، لأن فقهم ذو نزعة موضوعية بارزة كالفقه الجرماني ، والسبب أو الباعث الذي يختلف باختلاف الأشخاص عنصر ذاتي داخلي قلق يهدد المعاملات .

ولا تأثير للسبب أو للباعث على العقد إلا إذا كان مصرحاً به في صيغة التعاقد ، أي تضمنته الإرادة الظاهرة كالاستئجار على الغناء والنوح والملاهي وغيرها من المعاصي . فإذا لم يصرح به في صيغة العقد بأن كانت الإرادة الظاهرة لاتضمن باعثاً غير مشروع ، فالعقد صحيح لاشتماله على أركانه الأساسية من إيجاب وقبول وأهلية المحل لحكم العقد ، ولأنه قد لا تحصل المعصية بعد العقد ولا عبرة للسبب أو الباعث في إبطال العقد ، أي أن العقد صحيح في الظاهر ، دون بحث في النية أو القصد غير المشروع ، لكنه مكروه حرام ، بسبب النية غير المشروعة .

وبناء عليه قال الحنفية والشافعية بصحة العقود التالية مع الكراهة التحريمية عند الحنفية او الحرمة عند الشافعية وهي :

١ - **بيع العينة** : (أي البيع الصوري المتخذ وسيلة للربا) كبيع سلعة بثن مؤجل إلى مدة بمئة ليلة ، ثم شراؤها في الحال بمئة وعشر ، فيكون الفرق ربا . لكن أبا حنيفة استثناء من مبدئه في عدم النظر إلى النية غير المشروعة اعتبر هذا العقد فاسداً إن خلا من توسط شخص ثالث بين المالك المقرض والمشتري المقترض .

٢ - **بيع العنب لعاصر الخمر** ، أي لمن يعلم البائع أنه سيتخذه خمرأ ، أو يظنه ظناً غالباً ، فإن شك في اتخاذه خمرأ أو توهمه فالبيع مكروه .

٣ - **بيع السلاح في الفتنة الداخلية** أو لمن يقاتل به المسلمين أو لقطاع الطرق المحاربين ومثله بيع أدوات القمار ، وإيجار دار للدعارة أو للقمار ، وبيع الحشب لمن يتخذ منه آلات الملاهي والإجارة على حمل الخمر لمن يشربها ونحو ذلك .

٤ - **زواج المهلل** : وهو الذي يعقد زواجه على امرأة مطلقة طلاقاً ثلاثاً (أي

البائن بينونة كبرى) بقصد تحليلها لزوجها الأول بالدخول بها في ليلة واحدة مثلاً ثم يطلقها ليصح لزوجها الأول العقد عليها من جديد ، عملاً بظاهر الآية القرآنية : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ ﴾ .

والخلاصة : أن هذا الاتجاه لا يأخذ بالسبب أو الباعث إلا إذا كان داخلياً في صيغة العقد وتضمنه التعبير عن الإرادة ولو ضمناً ، ولا يعتد به إذا لم تتضمنه صيغة العقد .

وأما الاتجاه الثاني : فهو مذهب المالكية والحنابلة والشيعة^(١) الذين ينظرون إلى القصد والنية أو الباعث ، فيبطلون التصرف المشتمل على باعث غير مشروع بشرط أن يعلم الطرف الآخر بالسبب غير المشروع ، أو كان بإمكانه أن يعلم بذلك بالظروف والقرائن التي تدل على القصد الخبيث كإهداء العدو هدية لقائد الجيش ، والإهداء للحكام والموظفين ، فذلك مقصود به الرشوة ، فتكون للدولة . وهبة المرأة مهرها لزوجها ، يقصد به استدامة الزواج ، فإن طلقها بعدئذ ، كان لها الرجوع فيما وهبت^(٢) .

فهذا الاتجاه يأخذ تقريباً بنظرية السبب أو بمذهب الإرادة الباطنة في الفقه اللاتيني ، مراعاة للعوامل الأدبية والخلقية والدينية ، فإن كان الباعث مشروعاً ، فالعقد صحيح ، وإن كان غير مشروع فالعقد باطل حرام ، لما فيه من الإعانة على الإثم والعدوان ، قال الشوكاني^(٣) : لا خلاف في تحريم بيع العنب لمن يعصره خمرأ في

(١) راجع عند المالكية : بداية المجتهد : ١٤٠/٢ ، الشرح الكبير للدردير مع الدسوقي : ٩١/٣ ، مواهب الجليل للحطاب : ٤٠٤/٤ ، ٢٦٣ ، القوانين الفقهية : ص ٢٥٨ ، ٢٧١ وما بعدها ، الموافقات : ٢٦١/٢ ، الفروق : ٢٦٦/٣ وما بعدها . وعند الحنابلة : المغني : ١٧٤/٤ وما بعدها و ٢٢٢/٤ ، أعلام الموقعين : ١٠٦/٣ ، ١٠٨ ، ١٢١ وما بعدها ، ١٣١ ، ١٤٨ ، غاية المنتهى : ١٨٧/٢ ، وعند الشيعة الجعفرية : المختصر النافع في فقه الإمامية : ص ١٤٠ ، وعند الزيدية : المنتزح المختار : ١٩/٢ وما بعدها .

(٢) القواعد لابن رجب : ص ٣٢٢ .

(٣) نيل الأوطار : ١٥٤/٥ .

حال القصد وتعهد البيع إلى من يتخذه خيراً . وأما مع عدم القصد والتعمد للبيع فذهب جماعة من أهل العلم إلى جوازه مع الكراهة ما لم يعلم أنه يتخذه لذلك .

وبناء عليه قال المالكية والحنابلة ومن وافقهم ببطان العقود السابقة ، وأضاف لها المالكية أنهم لا يجيزون بيع أرض بقصد بناء كنيسة ، أو بيع خشب بقصد صنع صليب ، أو شراء عبد بقصد أن يكون مغنياً ، أو استئجار كراريس فيها عبارات النوح ، وبيع ثياب حرير ممن يلبسها^(١) .

أما عدم صحة بيع العنب للخمار وبيع السلاح للأعداء ونحوهما فلأنه إعانة على الحرام ، أو عقد على شيء لمعصية الله به فلا يصح . وأما فساد زواج المحلل فلأنه يتنافى مع أغراض الزواج السامية : وهو أنه عقد مؤبد قصد به تكوين أسرة دائمة ، وهذا الزواج اتخذ لتحليل المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول في وضع مؤقت ، فهو حيلة لرفع تحريم مؤبد ، وهو قصد غير مشروع . وأما فساد بيع العينة (أو بيوع الآجال) فلأنه اتخذ البيع حيلة لتحليل التعامل بالربا ، ولم يكن الغرض الحق هو البيع والشراء . فهو وسيلة لعقد محرم غير مشروع ، فيمنع سداً للذرائع المؤدية إلى الحرام .

والخلاصة : أن هذا الاتجاه يعتد بالمقاصد والنيات ولو لم تذكر في العقود بشرط أن يكون ذلك معلوماً للطرف الآخر ، أو كانت الظروف تحتم علمه ؛ لأن النية روح العمل ولبه . ويكون هذا الاتجاه أخذاً بنظرية السبب ، التي تتطلب أن يكون السبب مشروعاً ، فإن لم يكن سبب العقد مشروعاً فلا يصح العقد .

المطلب الثالث - الإرادة العقدية :

الإرادة هي القوة المولدة للعقد ، والعقد كما بينا : هو توافق إرادتين على وجه ينتج أثره الشرعي ، وهو الالتزام المطلوب للمتعاقدين . والكلام أو التعبير هو

(١) مواهب الجليل للحطاب : ٢٦٣/٤ وما بعدها .

ترجمان الإرادة، فينبغي أن يكون معبراً تماماً عن الإرادة. والإرادة نوعان: باطنة حقيقية، وظاهرة.

والإرادة الباطنة: هي النية أو القصد.

والإرادة الظاهرة: هي الصيغة التي تعبر عن الإرادة الباطنة، أو ما يقوم مقامها كالتعاطي، فإذا تطابقت الإرادتان وجد العقد. وإذا وجدت الإرادة الظاهرة وحدها كالتعبير الصادر من الطفل غير المميز أو النائم أو المجنون، لم تفد شيئاً، كما أن التصرف لا يوجد بمجرد النية أو الإرادة الباطنة، فمن نوى الطلاق أو الوقف لا يصبح بمجرد نيته مطلقاً أو واقفاً.

وقد عرفنا في بحث صيغة التعاقد ما تحقق به الإرادة الظاهرة.

وأما الإرادة الباطنة فتتحقق بالرضا والاختيار.

والحنفية يقررون أن الرضا والاختيار شيئان متغايران. **فالاختيار:** هو القصد إلى النطق بالعبارة المنشئة للعقد، سواء أكان ذلك عن رضا أم لا. **والرضا:** هو الرغبة في أثر العقد عند التلطف بما يدل على إنشائه. فإذا وجد الرضا وجد الاختيار، وإذا وجد الاختيار لا يلزم وجود الرضا.

وغير الحنفية: الرضا والاختيار بمعنى واحد.

لكن في الحياة العملية: قد توجد الإرادة الظاهرة وحدها، ولا توجد معها إرادة باطنة، فما حكم العقد؟

هذا ما نبهت عليه في الفرع الأول من هذا المطلب وهو صورية العقد، ويأتي بعده بحث الفرع من الآخرين. فإذا لم توجد الإرادة الباطنة الحقيقية كان العقد صورياً. وإذا وقع الشك في وجود الإرادة الحقيقية كان العقد معيباً بعيب من عيوب الرضا أو الإرادة.

الفرع الأول - صورية العقود :

قد توجد الإرادة الظاهرة وحدها ، وتنعدم الإرادة الباطنة ، فيكون العقد سورياً ، ويظهر ذلك في الأحوال التالية :

١ - حالة السكر والنوم والجنون وعدم التمييز والإغماء :

إن العقود التي تصدر من النائم والجنون وغير المميز ونحوهم لا أثر لها ، لانعدام الإرادة الحقيقية في إنشاء العقد .

والسكران أيضاً ليست له إرادة حقيقية في التصرف ، لكن مع ذلك يختلف الفقهاء في تصرفاته ، كما بينا سابقاً .

فقال الإمام أحمد وبعض المالكية^(١) : لا تعتبر تصرفات السكران ، لعدم توفر القصد الصحيح عنده ، فلا يصح بيعه وشراؤه وعقوده وطلاقه وسائر أقواله . وبه أخذ قانون الأحوال الشخصية في سوريا ومصر ، وهو الرأي الراجح والمعقول لدينا . لكن المشهور في مذهب المالكية : نفوذ طلاق السكران .

وقال الحنفية والشافعية^(٢) : إذا كان السكر بمباح كحالة البنج والاضطرار والإكراه ونحوها ، فلا تعتبر أقواله وأفعاله ، ولا أثر لعبارة ، لعدم تحقق القصد منه . وإذا كان السكر بحرم فيؤخذ بأقواله عقاباً وزجراً له ، فتصح عقوده كالبيع والزواج ، وتصح تصرفاته كالطلاق ، وتترتب عليها آثارها .

٢ - عدم فهم العبارة :

إذا لم يفهم الشخص عبارة غيره الذي نطق بعبارة تدل على الرضا بالتصرف لم

(١) المغني : ٧ / ١١٣ ، الشرح الكبير : ٣ / ٥ ، القوانين الفقهية : ص ٢٢٧ ، وهذا رأي الكرخي والطحاوي من الحنفية .

(٢) فتح القدير : ٣ / ٤٠ ، نهاية المحتاج : ٣ / ١٢ .

ينعقد العقد، سواء في الإيجاب أو القبول؛ لأن العبارة الصادرة منه لا تدل على قصد صحيح، ولا تعبر عن إرادته، والإرادة أو القصد أساس الرضا.

لكن قال الحنفية^(١): إذا كان التصرف مما يستوي فيه الجدل والهزل كالزواج والطلاق والرجعة واليمين، وعلم العاقدان أن اللفظ المستخدم ينعقد به التصرف، وإن لم يعلما حقيقة معناه، فينعقد به التصرف؛ لأن فهم اللفظ أمر مطلوب لأجل القصد، وهذه التصرفات لا يشترط فيها القصد، فلا يشترط في الناطق بما يدل عليها أن يكون فاهماً لمعناها. لكن في هذا مغالاة؛ لأن عدم اشتراط القصد في هذه التصرفات يكون بعد فهم المعنى. ولا يعقل ترتيب الآثار على تصرف غير مفهوم المعنى.

٣- حالة التعلم والتعليم والتمثيل :

إذا ردد المتكلم عبارات التصرفات، ولكنه لا يريد إنشاء التزام أو عقد، بل يريد غرضاً آخر كالتعلم والتعليم والتمثيل، فلا يترتب على عبارته أي أثر. كما إذا ردد القارئ عبارة البيع أو الشراء أو الطلاق المسطرة في كتب الفقهاء بقصد تعلمها أو حفظها، أو بقصد تعليمها لغيره، فلا يترتب على كلامه أي أثر. وكذلك ترديد الممثلين عبارات التمثيل وحكاية أقوال الآخرين، مثل زوجيني نفسك، فقالت: زوجتك نفسي، لا يترتب عليه أي أثر؛ لأن المتكلم في هذه الأمثلة لا يقصد إنشاء العقد، بل قصد غرضاً آخر، وهو التمثيل أو الحفظ أو توضيح الحكم للتلاميذ.

٤- الهزل أو الاستهزاء: الهزل ضد الجد: وهو أن يراد بالشيء ما لم يوضع له ولا ما يصلح اللفظ له استعارة. فإذا نطق الشخص بعبارة لا يريد بها إنشاء التصرف، وإنما قصد بها الهزل أو الاستهزاء والعبث، مستخدماً صوراً التصرف

(١) فتح القدير: ٢ / ٢٤٩، الدر المختار ورد المختار: ٢ / ٣٦٧، ط الأميرية.

القولبي أو العقد ، كانت العبارة الصادرة من الهازل عند الشافعية على الراجح^(١) صالحة لإنشاء العقود وترتيب الآثار عليها ، سواء في المعاوضات المالية كالبيع والإيجار أم في الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق ، وذلك عملاً بالإرادة الظاهرة ، لا بالقصد الداخلي ، وحفاظاً على مبدأ استقرار العقود والمعاملات ، ولا يلتفت إلى دعوى الهزل .

وفصل الخفية والحابطة وأكثر المالكية^(٢) بين عقود المبادلات المالية وغيرها . فعقود المبادلات المالية كالبيع أو التي محلها المال كالهبة والوديعة والعارية لا يترتب على عبارة الهازل بها أي أثر لعدم تحقق الرضا أو القصد الذي تقوم عليه الإرادة .

وأما التصرفات الخمسة التي سوى الشارع فيها بين الجذ والهزل (وهي الزواج والطلاق والرجعة والإعتاق واليدين) فصحوا عبارة الهازل فيها ، ورتبوا عليها آثارها ، أخذاً بمحدث نبوي سابق هو : « ثلاث جدهن جد ، وهزلن جد : النكاح والطلاق والعتاق »^(٣) وفي رواية « الرجعة » وفي رواية أخرى « اليدين » ، ولأن هذه التصرفات خطيرة مشتملة على حق لله ، وهو ليس موضعاً للهزل والاستهزاء .

٥- الخطأ :

الخطأ : هو وقوع الفعل بدون قصد ، كأن يقصد المتكلم النطق بكلمة فيسبق لسانه إلى كلمة أخرى فيتلفظ بها ، كأن يقول : طلقت ، وهو يريد أن يقول : بعث .

(١) راجع المجموع شرح المهذب للنووي : ١٨٤ / ٩ ، نهاية المحتاج : ٨٢ / ٦ .

(٢) رد المحتار : ٣٦٢ / ٢ ، ٣٦٧ ، ط الأميرية ، ٧ / ٤ ، ٢٥٥ ، الشرح الكبير للسوقي : ٤ / ٣ ، المغني : ٥٣٥ / ٦ .

كشف القناع : ٥ / ٢ وما بعدها ، غاية المنتهى : ١٧ / ٢ .

(٣) رواه الحمسة (أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه) إلا النسائي عن أبي هريرة (نيل الأوطار :

٢٣٤ / ٦) وقال الترمذي : حديث حسن غريب .

والمخطفىء كالناسي أو المجنون عند الشافعية والمالكية والحنابلة^(١) لا يترتب على عبارته أي عقد أو التزام ، عملاً بقول النبي ﷺ : « إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »^(٢) .

وقال الحنفية^(٣) : المخطفىء والناسي يترتب على عبارتها أثرها في التصرفات والعقود ؛ لأن الإرادة أمر باطني خفي لا اطلاع لنا عليه ، فلو قبلنا دعوى الخطأ والنسيان في التصرفات لتزلزلت المعاملات ، وضاعت الحقوق .

والخلاصة : أن رأي الحنفية في الخطأ على عكس رأيهم في الهزل .

٦ - التلجئة أو المواضعة^(٤) :

هي أن يتظاهر أو يتواطأ شخصان على إبرام عقد صوري بينها إما بقصد التخلص من اعتداء ظالم على بعض الملكية ، أو بإظهار مقدار بدل أكثر من البدل الحقيقي ابتغاء الشهرة والسمعة ، أو لتغطية اسم الشخص الذي يعمل لمصلحته باطناً (قضية الاسم المستعار) .

أي أن المواضعة إما أن تكون في أصل العقد ، أو في مقدار البدل ، أو في الشخص .

مثال الحالة الأولى : أن يخاف إنسان اعتداء ظالم على بعض ما يملك ، فيتظاهر هو ببيعه لثالث فراراً منه ، ويتم العقد مستوفياً أركانه وشروطه . ومثله بيع المدين

(١) الفروق للقرافي : ٢ / ١٤٩ ، القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام الحنبلي : ص ٣٠ وما بعدها ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ٦٩ .

(٢) حديث حسن رواه ابن ماجه والبيهقي وغيرهما عن ابن عباس .

(٣) البحر الرائق : ٣ / ٣٦٣ ، التلويح على التوضيح : ٢ / ١٦٩ ، الأشباه والنظائر لابن ميم : ١ / ١٠٦ ، ٢ / ١٣٥ ، كشف الأسرار : ص ١٣٩٦ ، مرآة الأصول : ٢ / ٤٤١ .

(٤) وتسمى عقد الأمانة أو التواطؤ .

أمواله لتهريبها من وجه الدائنين ، أو عقد قروض صورية لبعض الناس لمزاحمة الدائنين الحقيقيين ، أو إقرار المورث لبعض ورثته بدين لتفضيله في نصيب الإرث .

ومثال الحالة الثانية : إعلان زيادة في المهر في عقد الزواج بعد الاتفاق سراً على مقدار المهر الحقيقي بقصد الرياء والسمعة والشهرة . أو زيادة الثمن في عقد بيع العقار لمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة . فلا يجب في هذه الحالة إلا المهر المتفق عليه سراً في عقد الزواج ، أو الثمن الحقيقي الذي تم به البيع ، وكل من الزواج والبيع صحيح .

ومثال الحالة الثالثة : تواطؤ اثنين على إخفاء وكالة سرية في عمل معين ، والتظاهر بأن الوكيل يعمل باسمه لمصلحته الشخصية وأنه هو الأصيل في العمل ، ثم يعلن أن اسمه مستعار ، كأن يقر شخص بأن الدكان أو السند أو الأموال التي في يده هي لشخص آخر ، فيعد قوله إقراراً بالحق لذلك الشخص (راجع المجلة : م ١٥٩١ - ١٥٩٣) .

وقد اختلف الفقهاء في حكم عقد التلجئة أي بالنسبة للحالة الأولى :

فقال الحنفية والحنابلة^(١) : إنه عقد فاسد غير صحيح كحالة الهزل تماماً ؛ لأن العاقدين ما قصدوا البيع ، فلم يصح منهما كالمهازلين . كما لا يصح عقد القرض الصوري أو الإقرار كما في حالة الهزل^(٢) .

وقال الشافعية^(٣) : هو بيع صحيح ؛ لأن البيع تم بأركانه وشروطه ، وأتى باللفظ مع قصد واختيار خالياً عن مقارنة مفسد ، أي أن رأيهم في هذه العقود كراهم في عقود المهازل .

(١) رد المحتار والدر المختار : ٢٥٥/٤ ، المغني : ٢١٤/٤ ، ١٨٩ .

(٢) الهزل أعم من التلجئة لأنه يجوز ألا يكون العاقد فيه مضطراً إليه وأن يكون الهزل سابقاً للعقد أو مقارناً له ، والتلجئة إنما تكون عن اضطرار ، ولا تكون مقارنة . هذا في قول ، والأظهر كما حقق ابن عابدين أنها سواء في الاصطلاح .

(٣) مغني المحتاج : ١٦٣ ، المجموع للنووي : ١٦٨/٨ .

٧ - الإكراه :

يقصد الشخص في حالة الإكراه التلغظ بالعبارة مع فهمه لمعناها ، ولكنه لم يرض بترتب الآثار عليها . فالإكراه بنوعيه الملجئ وغير الملجئ يعدم الرضا ، أي الإرادة الحقيقية .

وبما أن الإكراه يعدم الرضا لم يترتب عند غير الحنفية (الجمهور) على عبارة المستكره أي أثر في جميع العقود والتصرفات ، للحديث السابق : « إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » فلا يصح طلاقه وزواجه وغيرها ، كالسكران . وبهذا أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٨٩)^(١) والقانون المصري .

إلا أن الشافعية والحنابلة قالوا : بيع المكره باطل^(٢) .

وقال المالكية : بيع المكره غير لازم ، فيكون للعاقد المستكره الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه . وقال ابن جزى المالكي : بيع المكره وشراؤه باطلان^(٣) .

وأما الحنفية^(٤) فاعتبروا الإكراه كالهزل تماماً . فالعقود المالية كالبيع والإجارة والرهن ونحوها ، أو التي محلها المال كالهبة والوديعة والإعارة تكون موقوفة على إجازة المستكره بعد زوال ظرف الإكراه ، فإن رضي بها وأجازها في مدة ثلاثة أيام وبقي العاقد الآخر راضياً نفذت ، وإن لم يجزها بطلت . وهذا رأي زفر وهو الأصح .

(١) نص المادة : « ١ - لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره .

٢ - المدهوش : هو الذي فقد تمييزه من غضب أو غيره ، فلا يدري ما يقول » .

(٢) مغني المحتاج : ٧/٢ وما بعدها ، غاية المنتهى : ٥/٢ .

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي : ٦/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٤٦ .

(٤) مختصر الطحاوي : ص ١٩١ ، ٤٠٨ ، رد المختار لابن عابدين : ٤/٤ ، ٢٥٥ ، ٨٩/٥ - ٩١ ، الفرائد البهية في القواعد

للشيخ محمود حمزة : ص ٢٢٤ .

والتصرفات الخمسة التي لله فيها حق (وهو الزواج والطلاق والرجعة واليمين والعتاق) تكون صحيحة كالهزل تماماً؛ لأن الشارع جعل العبارة فيها عند القصد إليها قائمة مقام الإرادة، فيترتب عليها أثرها.

٨ - القصد غير المشروع :

إذا اتخذ العاقد عقداً مباحاً وسيلة لتحقيق غرض غير مباح شرعاً، أي كان الدافع له سبباً غير مشروع، فللفقهاء بالنسبة للعقد في حد ذاته رأيان، وذلك مثل بيع السلاح لأهل الفتنة، وبيع العصير لمن يتخذه خمرأً، وبيع العينة وزواج المحلل ونحوها.

قال الإمام الشافعي : العقد صحيح ، لتوافر ركنه وهو الإيجاب والقبول والنية غير المشروعة متروك أمرها لله عز وجل يعاقب صاحبها .

وقال الصحابان وسائر الأئمة الآخرين : العقد غير صحيح ، وليس للإيجاب والقبول أثر متى قام الدليل على هذا القصد الآثم .

وقد سبق بحث الرأيين في نظرية السبب عند الفقهاء .

الفرع الثاني - سلطان الإرادة العقدية (أو مدى الحرية في العقود والشروط) :

يأخذ فقهاء القانون الحديث بمبدأ سلطان الإرادة العقدية أي أن الإرادة حرة في إنشاء العقود واشتراط الشروط لتحديد التزامات التعاقد وأثاره المترتبة عليها، ولكن في حدود النظام العام^(١) : وهي الحدود التي يضعها التشريع وفقاً لمصالح الفرد والمجتمع ومقتضيات السياسة والاقتصاد، فلا يصح مثلاً الاستئجار على ارتكاب جريمة أو على فعل ما ينافي الآداب الاجتماعية، أو النظام الاقتصادي والسياسي .

(١) لا تعترف الشريعة بما يسمى بالنظام العام، وإنما بما حدّه الله ورسوله .

ويعبر القانونيون عن حرية الاشرط وتحدد التزامات التعاقد بقاعدة مشهورة هي « العقد شريعة المتعاقدين » أي أنه قانون ملزم لكل من الطرفين المتعاقدين فيما تقضي به بنوده وشروطه . وقد نص القانون المدني السوري على ذلك في المادة (١٤٨ / ١) .

وهذا يعني أن السلطان المطلق في إنشاء العقد وأثاره المترتبة عليه هو لإرادة المتعاقدين ، دون نظر إلى فكرة التعادل في الغنم والغرم أي ما قد يكون من غبن فاحش على أحد المتعاقدين .

كما أنه يمكن الاتفاق على أنواع جديدة من العقود بحسب ما تقتضيه المصالح الاقتصادية والتطورات الزمنية ، دون اقتصار على ما يعرف بالعقود المسماة وهي التي نظمها التشريع وحدد لها التزامات معينة .

وسنعرف أن الفقه الحنبلي يلتقي مع مبدأ سلطان الإرادة المعمول به في نطاق القوانين المدنية المعاصرة .

وسأبحث هذا المبدأ في الفقه الإسلامي من ناحيتين :

أولها - حرية التعاقد ورضائته .

وثانيتهما - حرية الاشرط وترتيب آثار العقد .

الأولى - حرية التعاقد ورضائته :

اتفقت الاجتهادات الإسلامية على أن الرضا أساس العقود^(١) لقوله تعالى في المعاملات المالية : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ (النساء : ٢٩) وقوله سبحانه في استحقاق أخذ شيء من حقوق الزوجات : ﴿ فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ مِنْ شَيْءٍ مِنْهُ فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴾

(١) راجع نظرية العقد لابن تيمية : ص ١٥٢ وما بعدها .

(النساء : ٤) وقال النبي ﷺ « إنما البيع عن تراض »^(١) « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه »^(٢) . وبناء عليه فإن مجرد التراضي هو الذي يولد العقد والتزاماته ، دون حاجة لممارسة شكلية معينة ، إلا عقد الزواج الذي يخضع لخطورته لشكلية الإعلان بالإشهاد عليه . والإرادة حرة في إبرام العقد دون خضوع لأي نوع من أنواع الإكراه العقدي ، سواء في المعاملات المالية ، أم في عقود الزواج ، إلا ما توجهه قواعد العدالة ومصلحة الجماعة ، كبيع القاضي أموال المدين الماثل جبراً عنه لإيفاء ديونه ، وبيع الأموال المكتسبة لصالح الجماعة ، واستملاك الأراضي للمصالح العامة .

واختلفت الاجتهادات الإسلامية على رأيين في مبدأ حرية إنشاء العقود (حرية التعاقد) أي اختيار نظام معين ليكون عقداً بين طرفين ، أو اختيار نوع معين من أنواع العقود الجديدة بالإضافة إلى العقود المتعارف عليها في الماضي . وهذان الرأيان هما ما يأتي :

الرأي الأول - للظاهرية : (أتباع داود بن علي وابن حزم الأندلسي)^(٣) وهم المضيقون الذين يقولون : الأصل في العقود المنع حتى يقوم دليل على الإباحة ، أي أن كل عقد أو شرط لم يثبت جوازه بنص شرعي أو إجماع فهو باطل ممنوع^(٤) . واستدلوا على رأيهم بأدلة ثلاثة :

١ - إن الشريعة شاملة لكل شيء ، وقد تكفلت ببيان ما يحقق مصالح الأمة ، ومنها العقود ، على أساس من العدل ، وليس من العدل ترك الحرية للناس في عقد ما يريدون من العقود ، وإلا أدى ذلك إلى هدم نظام الشريعة .

(١) حديث حسن رواه ابن ماجه عن أبي سعيد الخدري .

(٢) رواه الدارقطني عن أنس ، وفيه مجهول (نيل الأوطار : ٢١٦/٥) .

(٣) وليس لهم أتباع في العصر الحاضر .

(٤) فتاوى ابن تيمية : ٢٢٢/٣ ، الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم : ٥٩٢/٥ وما بعدها ط الإمام .

٢ - بقول النبي ﷺ: « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد »^(١) فكل عقد أو شرط لم يشره الشرع بنص أو إجماع يكون باطلاً؛ لأنه إذا تعاقد الناس بعقد لم يرد في الشريعة وأصولها يكونون قد أحلوا أو حرّموا غير ما شرع الله، وليس لأحد من المؤمنين سلطة التشريع. قال ابن حزم معلقاً على هذا الحديث: « فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه، إلا ما صح أن يكون عقداً جاء النص أو الإجماع بإلزامه باسمه أو بإباحة التزامه بعينه »^(٢).

٣ - يؤيده الحديث النبوي: « ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط »^(٣) أي أن الشرط غير المنصوص عليه ياطل، فيقاس عليه العقد، غير المنصوص عليه.

الرأي الثاني - للحنبلة وبقية الفقهاء: وهم الموسعون الذين يقولون: الأصل في العقود وما يتصل بها من شروط الإباحة ما لم يمنعها الشرع أو تخالف نصوص الشرع. واستدلوا على رأيهم بما يأتي:

١ - إن الآيات القرآنية والأحاديث النبوية السابق ذكرها لم تشترط لصحة العقد إلا الرضا والاختيار، وكذلك آية ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ أوجبت الوفاء بكل عقد دون استثناء أي أنها نصت على مبدأ القوة الإلزامية للعقد، وأوجبت على الإنسان الوفاء بعقده الذي باشره بإرادته الحرة، فيصبح العقد ملزماً له بنتائجه، ومقيداً لإرادته حفظاً على مبدأ استقرار التعامل. وهذا يدل على أن تحريم شيء من العقود أو الشروط التي يتعامل بها الناس تحقيقاً لمصالحهم، بغير دليل شرعي، تحريم لما لم يحرمه الله، فيكون الأصل في العقود والشروط هو الإباحة.

(١) رواه مسلم عن عائشة، وفي لفظ البخاري: « من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد ».

(٢) الإحكام في أصول الأحكام: ٦١٥/٥.

(٣) رواه مسلم عن عائشة بلفظ « ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، ولو كان مائة شرط، كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق ».

٢ - هناك فرق بين العبادات والمعاملات . أما العبادات فيجب ورود الشرع بها ، وأما المعاملات ومنها العقود فلا تتطلب ورود الشرع بها . فيكفي في صحتها ألا تحرمها الشريعة استصحاباً للمبدأ الأصولي وهو أن الأصل في الأفعال والأقوال والأشياء هو الإباحة ؛ وذلك لأن القصد من المعاملات رعاية مصالح الناس ، فكل ما يحقق مصالحهم يكون مباحاً . ويصح التعامل بعقود جديدة لم تعرف سابقاً من طريق القياس أو الاستحسان أو الإجماع أو العرف الذي لا يصادم أصول الشريعة ومبادئها . وهذه المصادر لا بد لها من سند في الكتاب أو السنة .

٣ - يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام : « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً ، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً »^(١) « الناس على شروطهم ما وافقت الحق » ويقاس على الشروط الصحيحة كل عقد لا يصادم أصول الشريعة ، ويحقق مصالح الناس .

وهذا الرأي هو الأصح ، إذ لم نجد في الشرع ما يدل على أي حصر لأنواع العقود وتقييد الناس بها ، فكل موضوع لم يمنعه الشرع ولا تقتضي قواعد الشريعة وأصولها منعه جاز التعاقد عليه ، على أن تراعى شرائط انعقاد العقود كالأهلية والصيغة وقابلية المحل لحكم العقد .

الثانية - حرية الاشتراط وترتيب آثار العقود والقوة الملزمة للعقد :

اتفق الفقهاء على أن العقد المستكمل لأركانه وشروطه يتمتع بالقوة الإلزامية أي أن كل عقد باشره الإنسان بإرادته الحرة ملزم له بنتائجه ، ومقيد لإرادته ؛ لقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ وقوله : ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ ، إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴾ .

(١) رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي عن عمرو بن عوف ، وقوله : « والمسلمون .. » من زيادة رواية الترمذي ، وقال عنه : هذا حديث حسن صحيح . وقولهم « الناس على شروطهم » في معنى « المسلمون على شروطهم ... الحديث » .

واتفق الفقهاء أيضاً على أن ترتيب آثار العقود هي في الأصل من عمل الشارع ،
لا من عمل المتعاقدين . فإرادة المتعاقدين هي التي تنشئ العقد ، ولكن الشريعة هي
التي ترتب مالكل عقد من حكم وآثار ، ولهذا يقول الفقهاء : إن العقود أسباب
« جعلية شرعية » لآثارها ، أي أن الرابطة بين العقد وآثاره باعتبار أن أحدهما
مسبب والآخر سبب ليست رابطة آلية طبيعية عقلية ، وإنما هي رابطة جعلها
الشارع بينهما ، حتى لا يبغي بعض الناس على بعض بما يشترطون من شروط ، وحتى
يكون لكل تصرف حكمه من المشرع الحكيم .

فإرادة الإنسان مقصورة على إنشاء العقد فقط كعقد البيع ، وأما ما يترتب على
العقد من آثار كنقل ملكية المبيع إلى المشتري واستحقاق الثمن في ذمة المشتري للبائع ،
فمتروك لتقدير الشرع .

وتستمد إرادة العاقدين سلطانها من الشرع بالحدود التي حددها لكل عقد ، فقد
تكون حدود الشرع محققة لحاجة العاقدين ، فلا يحتاجان إلى اشتراط شروط تنقص
أو تزيد من آثار العقد المشروعة ، فإن لم تحقق حاجة العاقدين وغرضها احتاجا إلى
اشتراط شروط تحقق الغرض المطلوب .

فما مدى سلطة العاقدين على تعديل آثار العقود ، أو ما هي صلاحية الفقهاء في
استنباط الحدود المقررة في الشرع أو تعديل الآثار الأصلية للعقد عن طريق اشتراط
العاقدين الشروط العقدية إما بالنقص من تلك الآثار ، أو بإضافة التزامات على أحد
العاقدين لا يستلزمها أصل العقد ؟ .

وحرية الاشتراط : هو مبدأ سلطان الإرادة في تعديل آثار العقد المقرر في
القوانين ، علماً بأن الشريعة والقانون متفقان على أن تقرير آثار العقود وأحكامها هو من
إرادة الشارع لا من عمل العاقد ، والفارق بينها في مدى تفويض الشارع إلى العاقدين

من السلطان على تعديل الأحكام التي قررها التشريع مبدئياً في كل عقد^(١) .

للفقهاء الشرعيين رأيان في حرية الاشتراط في العقود :

الرأي الأول - للظاهرية ، وهم القائلون بأن الأصل في العقود المنع ، قالوا : إن الأصل في الشروط المنع ، فكل شرط لم يقره الشرع في القرآن أو السنة فهو باطل .

الرأي الثاني - لسائر الفقهاء الآخرين : وهو أن الأصل في العقود والشروط الإباحة ، لكن هؤلاء فريقان :

١ - الحنابلة يقولون : الأصل في الشروط العقدية هو الإطلاق ، فكل شرط لم يرد الشرع بتحريمه فهو جائز .

٢ - غير الحنابلة يقولون : الأصل في الشروط العقدية هو التقييد ، فكل شرط خالف الشرع أو مقتضى العقد فهو باطل ، وما عداه فهو صحيح .

وقد سبق ذكر أدلة المذهبين في بحث حرية التعاقد . وفي رأبي أنه يؤخذ برأي الحنابلة في إطلاق حرية الاشتراط للعاقدين في العقود المالية ، تحقيقاً لحاجات الناس ومصالحهم ومراعاة لما يطرأ من تطورات وأعراف في إبرام عقود لأغراض مشروعة ، وإلا لثلت حركة التجارة والنشاط الاقتصادي الذي اتسع ميدانه في العقود والشروط على نحو لم يكن معروفاً لدى الفقهاء .

ويؤخذ برأي غير الحنابلة في عقود الزواج حرصاً على ماله من حرمة وقداسة ولما فيه من جانب العبادة ولما تتطلبه الأسرة من استقرار ودوام ، ينبغي من أجله عدم إفساح المجال لحرية الاشتراط التي تتأثر بالأهواء ، وتعصف بأغراض الزواج السامية . وقد قال الفقهاء : « الأصل في الأبضاع - أي المتعة الجنسية - التحريم » .

(١) المدخل الفقهي للزرقاء : ف ٢١٥ ، وحاشية ف ٢١٧ : ص ٤٧٥ .

وأكتفي هنا ببيان مذهبي الحنفية والحنابلة في الشروط المقترنة بالعقد. أما مذهب الشافعية ف قريب من مذهب الحنفية ، ومذهب المالكية قريب من مذهب الحنابلة .

أولاً- مذهب الحنفية في الشروط :

قسم الحنفية الشروط إلى ثلاثة أنواع : الشرط الصحيح ، والشرط الفاسد ، والشرط الباطل^(١) .

أ- الشرط الصحيح : هو ما كان موافقاً لمقتضى العقد^(٢) ، أو مؤكداً لمقتضاه ، أو جاء به الشرع ، أو جرى به العرف .

مثال الشرط الذي يقتضيه العقد : اشتراط البائع تسليم الثمن أو حبس المبيع حتى أداء جميع الثمن ، واشتراط المشتري تسليم المبيع ، أو تملكه . واشتراط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها ، واشتراطه عليها تسليم نفسها إذا قبضت مهرها . فهذه شروط تبين مقتضى العقد أو توافق مقتضاه ؛ لأن مضمونها واجب التحقق شرعاً ، حتى ولو لم يشترطها أحد العاقدين ؛ لأن ثبوت الملك والتسليم والتسلم وحبس المبيع من مقتضى المعاوضات ، والإنفاق على الزوجة وزفافها من مقتضى الزواج .

ومثال الشرط المؤكد لمقتضى العقد : اشتراط البائع تقديم كفيل أو رهن معينين بالثمن عند تأجيله للمستقبل ، فإن الكفالة والرهن استيثاق بالثمن ، فيلائم البيع ويؤيد التسليم . ومثله اشتراط كون والد الزوج كفيلاً بالمهر والنفقة .

(١) راجع البدائع : ٥ / ١٦٨ - ١٧٢ ، المبسوط : ١٢ / ١٢ - ١٨ ، فتح القدير : ٥ / ٢١٤ وما بعدها ، رد المحتار لابن عابدين : ٤ / ١٢٦ وما بعدها .

(٢) مقتضى العقد : هو الأحكام الأساسية التي قررها الشرع لكل عقد ، سواء بالنص عليها مباشرة أو باستنباط المجتهدين ، بقصد تحقيق التوازن في الحقوق بين العاقدين .

والشرط الذي ورد به الشرع : مثل اشتراط الخيار أو الأجل لأحد المتعاقدين ، أو اشتراط الطلاق إذا طرأ سبب داع له ، فذلك كله مشروع في الشرع .

والشرط الذي جرى به العرف : مثل اشتراط المشتري على البائع التعهد بإصلاح الشيء المشتري مدة معينة من الزمان ، كالساعة ، والمدياع ، والسيارة ، والغسالة ، والثلاجة ، واشتراط حمل البضاعة إلى مكان المشتري ، فهذا مما تعارفه الناس وإن كان فيه زيادة منفعة لأحد العاقدين ، فجاز استحساناً خلافاً لزفر من الحنفية ، بدليل أن النبي ﷺ اشترى في السفر من جابر بن عبد الله بغيراً ، وشرط لجابر ركوبه وحملاؤه عليه إلى المدينة .

وإقرار هذا الشرط عند الحنفية أدى إلى توسيع حرية الناس في الاشتراط ، بما يحقق لأحد العاقدين منفعة زائدة عن مقتضى العقد . كما أدى إلى زوال الشرط الفاسد من معاملات الناس . وأصبحت الشروط كلها صحيحة بالعرف إلا إذا كانت مصادمة لنص تشريعي ، أو منافية لمبادئ الشريعة ومقاصدها العامة .

ب- الشرط الفاسد : هو ما لم يكن أحد الأنواع الأربعة السابقة في الشرط الصحيح ، أي أنه الذي لا يقتضيه العقد ، ولا يلائم المقتضى ، ولا ورد به الشرع ، ولم يتعارفه الناس ، وإنما فيه منفعة زائدة لأحد المتعاقدين ، ك شراء حنطة على أن يطحنها البائع ، أو قماش على أن يخيطه للبائع قيصاً مثلاً ، أو شراء بضاعة على أن يتركها في ملك البائع شهراً ، أو بيع دار على أن يسكنها البائع شهراً أو أكثر ، أو شراء أرض على أن يزرعها البائع سنة ، أو شراء سيارة على أن يركبها البائع مدة من الزمن ، أو على أن يقرضه قرضاً أو يهب له هبة ونحو ذلك .

وفي الزواج : اشتراط الزوجة ألا تنتقل من بلدها التي تزوجت فيها ، أو ألا يتزوج عليها ، أو أن يطلق امرأته الأولى ، أو ألا يطلقها أبداً .

ويختلف أثر الشرط الفاسد على العقود بحسب نوع العقد . والقاعدة المقررة في

ذلك هي : أن الشرط الفاسد في عقود المعاوضات المالية يفسدها ، وفي غيرها لا يؤثر عليها^(١) .

فالشرط الفاسد في المعاوضات المالية كالبيع والإجارة والقسمة والمزارعة والمساقاة والصلح عن المال يفسدها^(٢) ؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه « نهى عن بيع وشرط »^(٣) ولأن الشرط الفاسد يتنافى مع مبدأ التعادل الذي تقوم عليه المبادلات المالية .

وأما العقود الأخرى غير المبادلات المالية كالتبرعات (هبة أو اعارة) والتوثيقات (كفالة أو حوالة أو رهن) ، والزواج والطلاق ، والإطلاقات كالوكالة ، فلا يؤثر عليها الشرط الفاسد ، ويبقى العقد صحيحاً ، والشرط لاغ لا أثر له ، لما ثبت في السنة النبوية من تصحيح هذه العقود وإلغاء الشروط الفاسدة ، كالحكم بصحة الهبة وبطلان شرط التأقيت مثلاً .

ج - الشرط الباطل : هو ما لم يكن أحد أنواع الصحيح ، وليس فيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا لغيرها ، وإنما هو ما كان فيه ضرر لأحد العاقدين ، كاشتراط بائع البضاعة على المشتري ألا يبيعهها أو لا يهبها لأحد ، واشتراط بائع الدار على المشتري أن يتركها من غير سكن مدة شهر في كل سنة مثلاً ، واشتراط بائع سيارة ألا يركب المشتري فلاناً فيها أو يضعها في مكان خاص .

فالعقد صحيح ، والشرط لغو باطل لا قيمة له ، سواء في عقود المعاوضات ، أم في العقود الأخرى كالزواج والكفالة والهبة .

(١) تبين الحقائق : ٤ / ١٣١ .

(٢) انفرد الإمام مالك من بين الفقهاء بأن الشرط الذي يفسد العقد إن لم يتمسك به مشروطه ، ينقلب العقد صحيحاً لزوال سبب الفساد ، لأن العلة التي أوجدت الفساد زالت بزوال المانع من صحة العقد وهو عدم تمسك صاحب الشرط به (نظرية العقد لأبي زهرة : ص ٢٤٤) .

(٣) رواه أبو حنيفة ، وعبد الحق في أحكامه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

ثانياً- مذهب الحنابلة في الشروط :

مذهب الحنابلة وعلى التخصيص ابن تيمية وابن القيم أوسع المذاهب في الأخذ بحرية الاشتراط^(١)، فهم أقرب إلى الفقه القانوني الآخذ بمبدأ سلطان الإرادة، فهم يرون: أن الأصل في الشروط الإباحة أو الإطلاق، فيصح كل شرط فيه منفعة أو مصلحة لأحد العاقدين، كاشتراط صفة معينة في المبيع أو في أحد الزوجين، واشتراط منفعة في عقد البيع كسكنى الدار المباعة بعد بيعها مدة معينة، وتوصيل المبيع لدار المشتري، وخياطة الثوب للمشتري، واشتراط الزوجة على الزوج ألا يتزوج عليها، أو ألا يسافر بها، أو ألا ينقلها من منزلها.

فهذه شروط صحيحة يجب الوفاء بها، سواء في عقود المعاوضات المالية، أم في عقود التبرعات، أو في التوثيقات (أو التأمينات بلغة العصر)، أو الزواج ونحوه، فإن لم يوف بها جاز للعاقدين الآخر فسخ العقد.

وهذا رأي القاضي شريح^(٢)، وابن شبرمة^(٣) الكوفي، وابن أبي ليلى^(٤) وجماعة من فقهاء المالكية، بدليل أن جابراً باع النبي ﷺ بغيراً واشتراط حملانه عليه إلى أهله وأقره النبي على ذلك ودفع له الثمن^(٥). فاشتراط الركوب على الجمل فيه منفعة للبائع، فهو شرط فاسد، والفاسد لا يؤثر في العقد مطلقاً.

(١) كشف القناع: ٢ / ٤٠، غاية المنتهى: ٢ / ٢٣ - ٢٦، أعلام الموقعين: ٣ / ٤٠١ - ٤٠٢، ط السعادة، فتاوى ابن

تيمية: ٣ / ٢٢٦ وما بعدها، زاد المعاد: ٤ / ٤، نظرية العقد لابن تيمية: ص ٢١٤ وما بعدها.

(٢) شريح القاضي ابن الحارث بن قيس، قاضي الكوفة والبصرة، استمر على القضاء في زمن عمر وعثمان وعلي ومعاوية، واستغنى في أيام الحجاج، مات بالكوفة سنة ٧٩ هـ.

(٣) عبد الله بن شبرمة، قاضي فقيه تابعي، عاصر أبا حنيفة، له مذهب فقهي اندثر، ولد سنة ٧٢ هـ ومات سنة ١٤٤ هـ.

(٤) هو محمد بن عبد الرحمن قاضي الكوفة، فقيه عالم، مات سنة ١٤٨ هـ.

(٥) أخرج لفظه أحمد والشيخان عن جابر (نيل الأوطار: ١٧٨ / ٥).

ولم يستثن الحنابلة ومن وافقهم من الشروط الجائزة إلا الشرط المنافي لمقتضى العقد، أو الذي ورد النهي عنه .

(١) الشرط المنافي لمقتضى العقد : كاشتراط البائع على المشتري ألا يبيع الشيء المشتري مطلقاً، أو ألا يقفه على جهة خير مثلاً، أو ألا يسكن فيه أحداً بالإيجار وغيره، فالعقد حينئذ صحيح والشرط لاغ؛ لأن في هذا الشرط حرمان العاقد من الاستفادة مما يثبته العقد له من حقوق .

(٢) الشرط المنهي عنه أو المخالف لحكم الله ورسوله، كاجتماع صفتين في عقد واحد، مثل اشتراط البائع على المشتري إيجار الدار لفلان، أو أن يهبه شيئاً، أو يبيع له شيئاً أو يقرضه مبلغاً من المال، أو ألا يبيع الناتج الزراعي كالقطن وغيره إلا له واشتراط الزوجة أن يطلق امرأته الأولى . فهذه شروط فاسدة تقسد العقد؛ لأن رسول الله ﷺ « نهى عن بيعتين في بيعة » أو « عن صفتين في صفقة »^(١) ولأن ذلك يؤدي غالباً إلى النزاع بين المتعاقدين في العقد الآخر المشروط، فيسري النزاع إلى العقد الأصلي .

وقد أفاض ابن تيمية وابن القيم في بيان نظريتهما في أن الأصل في العقود والشروط الإباحة أو الجواز والصحة حتى يقوم الدليل على المنع؛ لأنها من العادات التي تراعى فيها مصالح الناس . فإن حرمانا ما يجري بين الناس من عقود وشروط، بغير دليل من الشارع، نكون قد حرمانا ما لم يحرمه الله .

والله تعالى أمرنا بالوفاء بالعقود في قوله: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾، وطالبنا النبي عليه السلام بتنفيذ الشروط في قوله المتقدم: « والمسلمون على شروطهم، إلا شرطاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً » . وقررت الشريعة أن الأصل

(١) اللفظ الأول رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه عن أبي هريرة . واللفظ الثاني رواه أحمد عن ابن مسعود (نيل الأوطار: ١٥٢ / ٥) .

في العقود رضا المتعاقدين ، ونتيجتها هو ما أوجباه على نفسيهما بالتعاقد ، وذلك في قوله تعالى : ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ فالتراضي هو المبيح للتجارة وقوله تعالى : ﴿ فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً ﴾ فإذا كان طيب النفس هو المبيح للصدق ، فكذلك سائر التبرعات .

أما استثناء الشرط أو العقد المناقض حكم الله ورسوله ، فلقوله ﷺ في الحديث المتقدم : « من أحدث في أمرنا - أو ديننا - هذا ما ليس منه فهو رد » وفي لفظ « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد » فكل شرط يناقض حكم الله ورسوله يكون باطلاً باتفاق المسلمين ، كاشتراط التعامل بالربا أو الاتجار في الخمر ونحو ذلك ، لقوله ﷺ : « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » والمقصود بالشرط الذي ليس في كتاب الله هو ما فسره عمر بن الخطاب في رسالته لأبي موسى الأشعري في القضاء : « والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً ، أو حرم حلالاً » .

وأما استثناء الشرط المنافي لمقصود العقد كاشتراط عدم الانتفاع بالمشتري ببيع أو إيجار فلأنه جمع بين المتناقضين أي بين إثبات المقصود ونفيه ، فلا يحصل شيء .

ويلاحظ أن الحنابلة حصروا الشرط المنافي في المناقضة لمقصود العقد الأصلي . فلو شرط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه ، فإنه يكون منافياً أو مبطلاً للمقصود الأصلي من العقد ، وهو الملك المبيح للتصرف . أما إذا شرط البائع منفعة أخرى كسكنى الدار أو زراعة الأرض ، فإنه لا يكون منافياً لمقتضى العقد ، ويكون الشرط صحيحاً . وكذلك في الزواج لو شرط فيه ألا تحل به المنفعة الزوجية يبطل العقد ، لكن لو شرط فيه عدم ممارسة الاستمتاع الزوجي يصح العقد ويلغو الشرط .

أما الحنفية فقد توسعوا في تفسير المنافاة ، وقالوا : كل ما يكون من الشروط فيه منفعة لأحد المتعاقدين ، يكون منافياً لمقتضى العقد .

والخلاصة : أن الحنابلة وموافقيهم يرون أن الشريعة فوضت لإرادة العاقدين

تحديد مقتضيات العقود، أو آثارها ضمن نطاق حقوقها ومصالحها في كل ما لا يصادم نصوص الشريعة أو أصولها الثابتة .

وهذا الاتجاه لعمر وشريح وابن شبرمة والحنابلة يتفق تماماً مع ما تقرره القوانين الحديثة من مبدأ سلطان الإرادة، وإعطاء الحرية للعاقدين في اشتراط أي شرط لا يخالف قواعد النظام العام أو الآداب أو النصوص القانونية الخاصة .

مزايا الفقه الحنبلي في الشروط :

كان للاجتهاد الحنبلي في حرية الاشتراط العقدي مزايا مهمة فيما يأتي :

أ- الزواج :

أجاز الحنبلية الأخذ بمبدأ حرية الاشتراط في الزواج، لما ثبت في الصحيحين عن النبي ﷺ أنه قال : « إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج » ولما للزواج من جانب كبير من الخطورة والقدسية، إذ تقوم عليه أسرة تتطلب الحفاظ عليها، فتكون رعاية الشروط التي فيها منفعة أوجب وألزم من العقود الأخرى .

فأجازوا خلافاً للحنفية والشافعية والمالكية للزوجين اشتراط ما شاءا من الشروط التي فيها منفعة مقصودة لا تتعارض مع موضوع الزواج ونصوص الشريعة .

كاشتراط المرأة ألا يسافر بها زوجها، أو ألا ينتقل بها من دارها ويسكن معها، أو ألا يتزوج عليها، أو أن يطلق امرأته الأولى^(١)، أو اشتراط أحد الزوجين كون الآخر موسراً ونحو ذلك .

أما اشتراط توقيت الزواج، أو عدم المهر، أو عدم النفقة الزوجية أو عدم

(١) اختلفت الحنابلة في صحة هذا الشرط، فنص ابن قدامة صاحب المغني على عدم صحة هذا الشرط، ولكن أكثر الحنابلة على القول بالصحة (المغني: ٦ / ٥٦٠، تصحيح الفروع: ٣ / ٥٦).

الاستمتاع الزوجي ونحوه ، فلا يصح لمصادمته موضوع الزواج^(١) .

فإذا لم يوف الزوج بالشرط كان الطرف الآخر المشروط له مخيراً بين الاستمرار وفسخ العقد بسبب عدم الوفاء بالشرط .

ب - التبرعات :

أجاز الحنابلة للمتبرع استثناء بعض منافع الشيء المتبرع به ، ولو لم تكن المنفعة معلومة ، لقوله تعالى : ﴿ ما على المحسنين من سبيل ﴾ فللواهب أو الواقف أو المتصدق أن يشترط لنفسه منفعة من منافع الشيء مدة حياته ، كأن يستثنى غلة الوقف ما عاش الواقف ، أو منفعة الدار الموهوبة مدة الحياة .

ج - المعاوضات :

أجاز الحنابلة أيضاً استثناء بعض منفعة الشيء المبيع بشرط أن تكون المنفعة معلومة ، كأن يبيع الدار على أن يظل ساكناً فيها مدة معينة ، أو السيارة على أن يركبها مدة معينة ، والسبب في اشتراط كون المنفعة المستثناة معلومة في المعاوضات بعكس التبرعات : هو بناء المعاوضات على التعادل بين الطرفين ، بحيث لا يغبن أحدهما الآخر عبثاً فاحشاً ، فلا بد من كون المنفعة معلومة حتى لا يقع نزاع بين العاقدين ، أما التبرع فلا تعادل فيه ، فلا يتأتى النزاع بين الطرفين .

وجوزوا استثناء بعض الحقوق كأن يكون البائع أحق بشراء المبيع إذا أراد المشتري بيعه لآخر .

وأجازوا إيجاب بعض الواجبات على المالك كبيع العقار على أن يقفه المشتري ، أو يتصدق به ، أو يقضي دين فلان أو يصل به رحمه^(٢) . وهذا دليل على جواز الاشتراط لمصلحة الغير .

(١) نظرية العقد لابن تيمية : ص ٢٠٨ وما بعدها ، المغني : ٦ / ٥٤٨ وما بعدها .

(٢) فتاوى ابن تيمية : ٣ / ٢٤٧ .

وصحح الحنابلة خلافاً لبقية الفقهاء البيع بما ينقطع عليه السعر في المستقبل بتاريخ معين من غير تقدير ثمن أو تحديده وقت العقد، لتعارف الناس وتعاملهم به في كل زمان ومكان^(١)، كبيع القطن بما يستقر عليه سعر السوق في بورصة الأقطان في الساعة السادسة من يوم كذا. وهذا ما أخذ به القانون المدني السوري في المادة (٣٩٢).

واعتبر الحنابلة خلافاً لجمهور الفقهاء بيع العربون صحيحاً مشروعاً: وهو أن يبيع الشخص شيئاً، ويأخذ من المشتري مبلغاً من المال يسمى عربوناً لتوثيق الارتباط بينها، فإن تم البيع بينها احتسب العربون المدفوع من الثمن، وإن نكل المشتري كان العربون للبائع، هبة من المشتري له^(٢). وقد أخذ القانون المدني السوري في المادة (١٠٤) بطريقة بيع العربون هذه. وأصبحت طريقة البيع بالعربون في عصرنا الحاضر أساساً للارتباط في التعامل التجاري الذي يتضمن التمسك بتعويض ضرر الغير عن التعطل والانتظار. ويسمى ضمان التعويض عن التعطل والانتظار في الفقه القانوني: الشرط الجزائي^(٣). وقد أقره القاضي شريح بقوله «من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه»^(٤).

وأجازة الحنابلة لتعارف الناس له، ولما ثبت في السنة: «أن رسول الله ﷺ سئل عن العربان في البيع فأحلّه»^(٥) ويؤيده أثر عن عمر وهو: «أن نافع بن عبد

(١) أعلام الموقعين: ٤ / ٥ وما بعدها، غاية المنتهى: ٢ / ١٤، نظرية العقد لابن تيمية ص ٢٢٠.

(٢) غاية المنتهى: ٢ / ٢٦، المغني: ٤ / ٢٢٢، وكذلك صحح الحنابلة الإجارة بالعربون.

(٣) مصادر الحق للسنهوري: ٣ / ٩٦ وما بعدها، المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ٢٣٤.

(٤) أعلام الموقعين: ٣ / ٤٠٠، ط السعادة.

(٥) حديث مرسل أخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن زيد بن أسلم، وفي إسناده إبراهيم بن يحيى، وهو ضعيف (نيل الأوطار: ٥ / ١٥٣) وأبطله الجمهور بما رواه أحمد والنسائي وأبو داود ومالك في الموطأ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: «نهى النبي ﷺ عن بيع العرّبان» وهو حديث منقطع، وفيه راو ضعيف لا يحتج به وهو حبيب كاتب الإمام مالك (المرجع السابق).

الحارث العامل لعمر على مكة ، اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف درهم ، فإن رضي عمر كان البيع نافذاً ، وإن لم يرض فلصفوان أربعمئة درهم « وقد أقر عمر شرطه هذا^(١) .

د- التصرفات مطلقاً :

أجاز الخنابلة تعليق التصرف بشرط معلق في جميع أنواع العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات من بيع وإجارة وكفالة وإقالة وإبراء وزواج وغيرها ، كأن يقول شخص : إن وصلت بضاعتي المستوردة اليوم فقد بعتكها بكذا . أو تقول امرأة : زوجتك نفسي على مهر كذا إن رضي أخي أو عمي مثلاً .

ودليلهم على الجواز إطلاق الحديث النبوي المتقدم : « المسلمون عند شروطهم ، إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » ولأن تعليق العقود وغيرها على شرط قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة^(٢) .

ومنع جمهور الفقهاء التعليق في جميع العقود ولا سيما التملكات والزواج ، واعتبروها باطلة . وسوغوا فقط تعليق الإسقاطات كالطلاق . كما سوغ الحنفية تعليق عقود الالتزامات والإطلاقات كالكفالة والوكالة بالشرط الملائم فقط ، مثل إذا سافر مدينتك فأنا كفيله ، إذا وصلت بضاعتي من الحديد مثلاً فقد وكلتك ببيعها .

الفرع الثالث- عيوب الإرادة أو عيوب الرضا :

عيوب الإرادة : هي الأمور التي تحدث خللاً في الإرادة أو تزيل الرضا الكامل في إجراء العقد . وتسمى قانوناً عيوب الرضا . وهي أربعة أنواع : الإكراه ، الغلط ، التدليس (أو التغيرير) ، الغبن مع التغيرير . ويختلف تأثيرها على العقد ، فقد تجعل

(١) أعلام الموقعين : ٤٠١ / ٣ .

(٢) أعلام الموقعين : ٣٩٩ / ٣ .

العقد باطلاً، كالغلط في محل العقد، وقد تجعله فاسداً أو موقوفاً كالإكراه، وقد تجعله غير لازم كالغلط في الوصف، والتدليس، والغبن مع التغيرير.

١ - الإكراه :

الإكراه في اللغة : هو حمل الغير على أمر لا يرضاه، قهراً. وفي اصطلاح الفقهاء : حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه، ولا يختار مباشرته، لو ترك ونفسه.

والمقصود بالإرادة : هي مجرد اعتزام الفعل والاتجاه إليه، فهي أعم الأحوال. والمقصود بالاختيار: هو ترجيح فعل الشيء على تركه أو العكس وهو أخص من الإرادة.

والرضا : هو الارتياح إلى فعل الشيء والرغبة به، وهو أخص من الاختيار.

والإكراه نوعان : ملجئ أو كامل، وغير ملجئ أو ناقص^(١).

والإكراه الملجئ أو التام : هو الذي لا يبقى للشخص معه قدرة ولا اختيار، بأن يهدده بالقتل، أو بإتلاف بعض الأعضاء، أو بالضرب الشديد الذي يخشى منه القتل أو تلف العضو، أو تلف جميع المال.

وحكمه أنه يعدم الرضا ويفسد الاختيار.

والإكراه الناقص أو غير الملجئ : هو التهديد بما لا يضر النفس أو العضو، كالتهديد بالضرب اليسير أو بالحبس، أو بإتلاف بعض المال، أو بإلحاق الظلم كمنع الترقية أو إنزال درجة الوظيفة.

وحكمه : أنه يعدم الرضا، ولا يفسد الاختيار.

(١) البدائع : ١٧٥/٧، تكملة فتح القدير : ٢٩٢/٧ وما بعدها، تبين الحقائق : ١٨١/٥، درر الحكم : ٢٦٩/٢ وما بعدها، الدر المختار : ٨٨/٥ وما بعدها.

وهناك نوع ثالث : وهو الإكراه الأدبي : وهو الذي يعدم تمام الرضا ، ولا يعدم الاختيار ، كالتهديد بجس أحد الأصول أو الفروع ، أو الأخ أو الأخت ونحوهم ، وحكمه : أنه إكراه شرعي استحساناً لا قياساً ، كما قرر الكمال بن الهمام من الحنفية ، وهو رأي المالكية ، ويترتب عليه عدم نفاذ التصرفات المكره عليها .

ويرى الشافعي أن الإكراه نوع واحد ، وهو الإكراه الملجئ ، وأما غير الملجئ فلا يسمى إكراهاً^(١) .

والإكراه بأنواعه لا يزيل الأهلية ، وإنما يزيل الرضا ، وقد يزيل الاختيار وهو الملجئ عند الحنفية ، ويزيل الرضا والاختيار معاً عند غير الحنفية .

شروط الإكراه :

يشترط لتحقيق الإكراه شروط هي ما يأتي :

١ - أن يكون المكره قادراً على تنفيذ ما هدد به ، سواء أكان من الحكام أم من غيرهم ، فإن لم يكن قادراً على تنفيذ ما هدد به لعجزه أو لتكن المستكره من الهرب ، فلا يتحقق الإكراه .

٢ - أن يغلب على ظن المستكره إيقاع المكره ما هدد به في الحال إذا لم يمتثل ، فإن لم يغلب على ظنه وقوع ما هدد به لا يتحقق الإكراه .

٣ - أن يكون الشيء المهدد به مما يشق على النفس تحمله . وهذا يختلف باختلاف الأشخاص ، فيجب أن يبحث تأثيره في كل شخص على حدة .

٤ - أن يكون المهدد به عاجلاً : فلو كان أجلاً في المستقبل لم يتحقق الإكراه ؛ لأن بالتأجيل يتمكن المستكره من الاحتماء بالسلطات العامة .

(١) تحفة الطلاب للأنصاري : ص ٢٧٢ .

وهذا شرط عند الحنفية والشافعية وبعض الحنابلة . وقال المالكية : لا يشترط أن يكون المهدد عاجلاً ، وإنما الشرط أن يكون الخوف حالاً .

٥ - أن يكون الإكراه بغير حق ، أي لا يكون مشروعاً : وهو ما يقصد منه الوصول إلى غرض غير مشروع . فإن كان الإكراه بحق : وهو الذي يقصد منه تحقيق غرض مشروع ، فلا تأثير له على التصرفات أصلاً ، كبيع مال المدين جبراً عنه لوفاء ديونه ، واستملاك الأراضي جبراً عن أصحابها للصالح العام كتوسيع مسجد أو طريق ونحوه .

أثر الإكراه على التصرفات :

إذا وقع الإكراه على القيام بتصرف من التصرفات كالبيع والإيجار والزواج فما أثر الإكراه عليه ؟ للفقهاء آرايان :

قال جمهور الفقهاء غير الحنفية^(١) : إن الإكراه يؤثر في التصرفات فيجعلها باطلة ، سواء أكانت قابلة للفسخ كالبيع والإجارة والهبة ونحوها ، أم غير قابلة للفسخ كالزواج والطلاق واليهين والرجعة ، فلا يصح البيع أو الإيجار الصادر من المستكره ، ولا يقع طلاق المكره ، ولا يثبت عقد الزواج بالإكراه ؛ لأن الإكراه يزيل الرضا ، والرضا أساس التصرفات .

وقال الحنفية^(٢) : يميز بين التصرفات المحتملة للفسخ ، والتصرفات غير المحتملة للفسخ . فإن كان التصرف لا يقبل الفسخ كالزواج والطلاق ، فيصح مع الإكراه ويلزم ، لأنه تصرف يستوي فيه الجد والهزل ، والإكراه في معنى الهزل لعدم القصد

(١) الشرح الكبير للدردير : ٣١٧/٢ ، مغني المحتاج : ٢٨٩/٣ ، المغني : ١١٨/٧ ، غاية المنتهى : ٥/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٤٦ ، المحلى : ٢٨٠/٨ ، ٢٨٣ وما بعدها .

(٢) البدائع : ١٨٢/٧ وما بعدها ، ١٨٦ ، تكملة فتح القدير : ٢٩٣/٧ ، ٢٠٣ ، تبين الحقائق : ١٨٢/٥ ، ١٨٨ ، الدر المختار : ٨٩/٥ وما بعدها ، ٩٦ ، الكتاب مع اللباب : ١٠٨/٤ ، مجمع الضمانات : ص ٢٠٦ .

الصحيح للتصرف فيها . وذلك بدليل الحديث النبوي : « كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون »^(١) وروي عن ابن عمر أنه أجاز طلاق المكره .

وإن كان التصرف قابلاً للفسخ كالبيع والاجارة والهبة فلا يصح مع الإكراه . ويكون العقد فاسداً عند جمهور الحنفية (أبي حنيفة وصاحبيه) أي أنه إذا زال الإكراه وأصر المستكره على العقد مع الطرف الآخر ورضي به صار صحيحاً ، فيكون للمستكره بعد زوال الإكراه الخيار بين إمضاء التصرف وفسخه .

وقال زفر من الحنفية والمالكية : يعتبر تصرف المستكره موقوفاً على إجازته عند زوال الإكراه عنه ، كتصرف الفضولي . وبما أن هذا التصرف ينفذ ويلزم بالإجازة ، فهذا دليل على كون التصرف موقوفاً لافسداً ، لأن التصرف الفاسد يفسخ فسخاً ولا يجاز إجازة .

وهذا ينبئ أن رأي زفر أوجه وأقوى وأصح ؛ لأن جمهور الحنفية : قالوا : إن تصرف المستكره يقبل الإجازة بعد زوال الإكراه ، فلو كان فاسداً لما صحت إجازته ، لأن الفاسد لا يجوز بالإجازة بل يجب فسخه شرعاً ، ويملك الشيء المعقود عليه بالقبض ، وهذا لا ينطبق على عقد المستكره . هذا .. وقد نص القانون المدني السوري في المادتين (١٢٨ ، ١٢٩) على أن الإكراه يجعل العقد قابلاً للإبطال أي كما قال زفر من الحنفية .

٢- الغلط :

المراد به هنا هو الغلط الواقع في المعقود عليه ، في جنسه أو في وصفه . والغلط في ذات أو جنس المعقود عليه : هو أن يظن العاقد أن المعقود عليه من جنس معين ،

(١) ذكر البخاري من قول علي : « كل الطلاق جائز إلا طلاق المتوه » وأما الحديث المذكور فهو غريب كما قال الزيلعي (نيل الأوطار : ٢٣٥/٦ ، نصب الراية : ٢٢١/٣) .

فإذا به من جنس آخر، كأن يشتري شخص حلياً على أنها ذهب أو ماس، ثم يتبين أنها من النحاس، أو الزجاج. أو يشتري حنطة فإذا هو شعير، أو صوفاً فإذا هو قطن، أو يشتري داراً على أنها مبنية بالإسمنت المسلح، فإذا هي مبنية باللبن.

وحكم هذا العقد المشتل على غلط في جنس المعقود عليه: أنه باطل من أساسه، لفوات محل العقد الذي يريده المشتري فيكون عقداً على معدوم، والعقد على المعدوم باطل^(١).

ويلحق به حالة اتحاد الجنس مع الاختلاف الكبير أو الفاحش في القيمة ك شراء سيارة من جنس معين ومصنوع في عام معين، فإذا هي صنع أعوام غابرة.

وأما الغلط في وصف مرغوب فيه: فهو أن يظهر المعقود عليه كالوصف الذي أراده العاقد، ثم يتبين أنه مخالف للوصف المشروط صراحة أو دلالة. كأن يشتري شيئاً بلون أسود، فإذا هو كحلي أو رمادي، أو شاة على أنها حلوب، فإذا هي غير حلوب، أو كتاباً لمؤلف معين فإذا هو لمؤلف آخر، أو حقيبة على أنها من جلد فإذا هي من الكرتون المضغوط أو غيره.

وحكم العقد المشتل على غلط في الوصف: هو أنه غير لازم بالنسبة لمن وقع الغلط في جانبه، أي أن له الخيار بين إمضاء العقد وبين فسخه، لفوات الوصف المرغوب فيه المؤدي إلى اختلال الرضا. وهذا إذا كان العقد قابلاً للفسخ كعقود المعاوضات المالية ونحوها.

ويلحق به الغلط في شخص العاقد، كالتعاقد مع طبيب مشهور فإذا هو غيره، يجعل العقد غير لازم.

(١) تبين الحقائق: ٥٢/٤ وما بعدها.

أما العقود التي لا تقبل الفسخ كالزواج ، فإنه يقع العقد عند الحنفية لازماً أي لا يجوز نقضه بسبب فوات الوصف المرغوب .

وقال الإمام أحمد^(١) : يثبت خيار الفسخ بفوات الوصف المرغوب في عقد الزواج أيضاً ، كمن يتزوج امرأة جميلة فيظهر أنها دمية ، أو على أنها متعلمة فإذا هي جاهلة ، أو على أنها بكر فإذا هي ثيب فيثبت للزوج حق الفسخ ، ولا مهر للمرأة إن حدث الفسخ قبل الدخول ، أو بعد الدخول ، وكان التغير من المرأة نفسها . فإن كان التغير من غيرها رجع الزوج على ذلك الغير بما دفعه للمرأة .

أما القانون المدني السوري فقد نص على حالة الغلط في المواد (١٢١-١٢٥) وجعل العقد قابلاً للإبطال سواء أكان الغلط في جنس المعقود عليه أم في الوصف المرغوب فيه ، فالجزء واحد في الحالتين ، خلافاً لما قرره الفقهاء .

هذا ... ولا عبرة في الفقه للغلط الباطني ، كأن يشتري سواراً على ظن أنه ذهب ، فإذا هو نحاس ؛ لأن العبرة في العقود للإرادة الظاهرة ، كما لا عبرة للغلط في الحكم الشرعي كأن يبيع حصته من الميراث على أنها الربع فإذا هي النصف ، إذ لا عذر بالجهل بأحكام الشريعة .

٣- التدليس أو التغير :

التدليس أو التغير : هو إغراء العاقد وخديعته ليقدم على العقد ظاناً أنه في مصلحته ، والواقع خلاف ذلك . وهو أنواع كثيرة منها : التدليس الفعلي ، والتدليس القولي ، والتدليس بكتمان الحقيقة .

أما التدليس الفعلي : فهو إحداث فعل في المعقود عليه ليظهر بصورة غير ما هو عليه في الواقع ، أي أنه تزوير الوصف في المعقود عليه أو تغييره بقصد الإيهام .

(١) المغني : ٥٢٦/٦ وما بعدها .

كتوجيه البضاعة المعروضة للبيع ، بوضع الجيد في الأعلى ، وطلاء الأثاث والمفروشات القديمة ، والسيارات ، لتظهر أنها حديثة ، والتلاعب بعداد السيارة ، لتظهر بأنها قليلة الاستعمال .

ومن أشهر أمثله الشاة المصرية : وهي التي يجبس اللبن في ضرعها بربط الثدي ، مدة يومين أو ثلاثة ليجمع لبنها ويمتلئ ، إيهاماً للمشتري بكبر ضرعها وغزارة لبنها .

وحكم التصرية عند جمهور الفقهاء غير الحنفية^(١) : ثبوت الخيار للمدلس عليه بين أمرين : إمساك المبيع دون طلب تعويض عن النقص أو الغبن ، أو رده لصاحبه ، لقوله ﷺ : « لا تصروا^(٢) الإبل والغنم ، فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ، إن شاء أمسكها ، وإن شاء ردها ، ورد معها صاعاً من تمر^(٣) . وهذا هو الرأي الراجح .

وقال الحنفية^(٤) : ليس للمشتري الحق في فسخ عقد البيع ، بل له فقط أن يرجع بالنقصان الذي أصاب ما اشترى . ولم يأخذوا بالحديث السابق لمخالفته القياس : وهو أن ضمان العدوان يكون إما بالمثل أو القيمة ، والترليس منها .

وأما التدليس القولي : فهو الكذب الصادر من أحد العاقدين أو ممن يعمل

-
- (١) القوانين الفقهية : ص ٢٦٤ ، بداية المجتهد : ١٧٤/٢ ، نهاية المحتاج : ١٣٦/٢ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٦٣/٢ وما بعدها ، غاية المنتهى : ٢٤/٢ .
- (٢) التصرية : حبس اللبن في الثدي مدة معينة لإيهام المشتري بأن الشاة ونحوها غزيرة اللبن .
- (٣) نيل الأوطار : ٢١٤/٥ ، طالعثمانية . والصاع : ٢٧٥١ غم . والحكمة من رد الصاع من التمر : هو التمييز عن اللبن الذي أخذه المشتري لإنهاء النزاع بين العاقدين ، وقدر بالصاع لعدم معرفة مقدار اللبن الذي يجب ضمانه للبائع بسبب اختلاط الموجود قبل القبض بالطارئ بعد القبض ، وقدر بالتمر لأنه غالب قوت البلد في الماضي ، فإن لم يكن هو الغالب كان الواجب صاعاً من غالب قوت البلد . والحديث متفق عليه عن أبي هريرة .
- (٤) الدر المختار ورد المختار : ١٠١/٤ ، ط البابي الحلبي .

لحسابه حتى يحمل العاقد الآخر على التعاقد ولو بغبن ، كأن يقول البائع أو المؤجر للمشتري أو للمستأجر : هذا الشيء يساوي أكثر ، ولا مثيل له في السوق ، أو دفع لي فيه سعر كذا فلم أقبل . ونحو ذلك من المغريات الكاذبة .

وحكم هذا النوع : أنه منهي عنه شرعاً ؛ لأنه غش وخداع ، ولكن لا يؤثر في العقد إلا إذا صحبه غبن فاحش لأحد المتعاقدين ، فيجوز حينئذ للمغبون إبطال العقد ، دفعاً للضرر عنه أي أنه يثبت له خيار الفسخ بسبب الغبن مع التفرير ، كما سنبين في عيب الغبن .

وأما التدليس بكتمان الحقيقة ، وهي الصورة المشهورة في الفقه باسم « التدليس » : فهو إخفاء عيب في أحد العوضين ، كأن يكتم البائع عيباً في المبيع ، كتصدع في جدران الدار وطلائها بالدهان أو الجص ، وكسر في محرك السيارة ، ومرض في الدابة المبيعة ، أو يكتم المشتري عيباً في النقود ككون الورقة النقدية باطلة التعامل ، أو زائفة الرقم النقدي المسجل عليها .

وحكم هذا النوع : أنه حرام شرعاً باتفاق الفقهاء^(١) ، لقول النبي ﷺ : « المسلم أخو المسلم ، لا يجل لمسلم باع من أخيه يبعاً ، وفيه عيب ، إلا بينه له » وقوله عليه السلام : « من غشنا فليس منا »^(٢) . ويثبت فيه للمدلس عليه ما يعرف بخيار العيب : وهو إعطاؤه حق الخيار : إن شاء فسخ العقد ، وإن شاء أمضاه . كما سنبين في بحث الخيارات .

ولافرق في التدليس الموجب للخيار بين أن يصدر من أحد العاقدين ، أو من شخص آخر أجنيب عنها كاللدال ونحوه إذا كان بتواطؤ مع أحد العاقدين^(٣) .

(١) قال في الدر المختار : ١٠٢/٤ : « لا يجل كتان العيب في مبيع أو ثمن لأن الغش حرام » .

(٢) الحديث الأول رواه ابن ماجه عن عتبة بن عامر ، والحديث الثاني رواه الجماعة إلا البخاري والنسائي عن أبي هريرة (نيل الأوطار : ٢١٢/٥) .

(٣) الدر المختار ورد المختار : ١٦٧/٤ ، ط الباني الحلبي .

وقد نص القانون المدني السوري في المادتين (١٢٦ ، ١٢٧) على التدليس من أحد المتعاقدين أو من غير المتعاقدين ، وجعل التدليس موجباً لخيار المدلس عليه وإعطائه الحق في إبطال العقد إذا كانت الحيل المستخدمة من الجساممة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد . وكان العاقد صاحب المصلحة في حالة التدليس من غير العاقدين يعلم بالتدليس أو من المفروض أن يعلم . وهذا إجمالاً يتفق مع الفقه الإسلامي كما بينا .

٤ - الغبن مع التفرير :

الغبن لغة : النقص . والتفرير : الخداع . وعند الفقهاء : الغبن : أن يكون أحد العوضين غير متعادل مع الآخر ، بأن يكون أقل من قيمته أو أكثر منها . والتفرير : إيهام خلاف الواقع بوسائل مغرية ، وعرفته المجلة (م ١٦٤) بأنه وصف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية .

والغبن نوعان : يسير وفاحش ^(١) .

أما الغبن اليسير : فهو ما يدخل تحت تقويم المقيمين أي ما يتناوله تقدير الخبراء وذلك في حدود ١٠٪ مثلاً ، كشراء شيء بمئة ، ثم يقدره خبير بتسعين أو بخمسة وتسعين مثلاً .

وأما الغبن الفاحش : فهو ما لا يدخل تحت تقويم المقيمين أو تقدير الخبراء العارفين بأسعار الأشياء . وقدرته المجلة (م ١٦٥) عملاً برأي نصر بن يحيى بأنه نصف العشر في العروض التجارية ، والعشر في الحيوانات ، والخمس في العقار أو زيادة .

أثر الغبن في العقد :

الغبن اليسير : لا أثر له على العقد فلا يجوز الفسخ ؛ لأنه يصعب الاحتراز عنه ،

(١) البدائع : ٣٠/٦ ، الدر المختار ورد المختار : ١٦٦/٤ .

ويكثر وقوعه في الحياة العملية ، ويتسامح الناس فيه عادة . واستثنى الحنفية حالات ثلاثة يجوز فيها فسخ العقد بسبب الغبن اليسير للثمة وهي :

١ - تصرف المدين المحجور عليه بسبب دين مستغرق : فإذا باع شيئاً من ماله ، أو اشترى ولو بغبن يسير ، كان للدائنين حق فسخ العقد إلا إذا رضي العاقد الآخر برفع الغبن ؛ لأن تصرف المدين موقوف على إجازة الدائنين ، فإن أجازوه نفذ ، وإن لم يجزوه بطل .

٢ - تصرف المريض مرض الموت : إذا باع أو اشترى بغبن يسير جاز للدائنين أو للورثة بعد الموت طلب فسخ التصرف ، إلا إذا رضي المتعاقد الآخر برفع الغبن .

٣ - بيع الوصي شيئاً من أموال اليتيم بغبن يسير لمن لا تجوز شهادته له كابنه وزوجته ، فينقض العقد .

وأما الغبن الفاحش : فيؤثر في رضا العاقد فيزيله ، ولكن هل له الحق في فسخ العقد ؟ للفقهاء في ذلك آراء ثلاثة :

الرأي الأول للحنفية^(١) : ليس للغبن الفاحش وحده في ظاهر الرواية أثر على العقد ، فلا يجوز رد المعقود عليه أو فسخ العقد إلا إذا انضم إليه تغيير (أي وصف المبيع بغير حقيقته) من أحد العاقدين أو من شخص آخر كالدلال ونحوه وهذا ما أخذت به المجلة (م ٣٥٧) ؛ لأن الغبن المجرد عن كل خديعة يدل على تقصير المغبون وعدم تروييه وسؤاله أهل الخبرة ولا يدل على مكر العاقد الآخر ، ولكل إنسان طلب المنفعة مالم يضر الجماعة ، كما في حالة الاحتكار . فإذا انضم إليه تغيير كان المغبون معذوراً ؛ لأن الرضا بالعقد كان على أساس عدم الغبن ، فإذا ظهر الغبن لم يتوافر الرضا .

(١) الدر المختار ورد المختار : ١٦٦/٤ وما بعدها .

واستثنى الخفية حالات ثلاثة يجوز فيها الفسخ بالغبن الفاحش المجرد عن
التغدير: وهي :

أموال بيت المال . وأموال الوقف . وأموال المحجور عليهم بسبب الصغراً أو
الجنون أو السفه ، فإذا بيع شيء من ذلك بغبن فاحش ولو من غير تغدير ، نقض
البيع (م / ٣٥٦ مجلة) .

الرأي الثاني - للحنابلة: ^(١) يؤثر الغبن الفاحش في العقد فيجعله غير لازم ،
سواء أكان بتغدير أم بغير تغدير ، ويعطى للمغبون حق فسخ العقد في حالات
ثلاث هي :

أ - تلقي الركبان : وهو أن يتلقى شخص طائفة من الناس يحملون متاعاً
إلى بلد ، فيشتره منهم ، قبل قدومهم البلد ومعرفتهم بالسعر . وهو حرام ومعصية ،
ويثبت لهم حق الفسخ إذا غبنوا غبناً فاحشاً ، لقوله ﷺ : « لا تلقوا الركبان » ^(٢) .
وهذا رأي الشافعية أيضاً ^(٣) ، لثبوت الخيار فيه بنص الحديث .

ب - النجش : وهو زيادة ثمن السلعة المعروضة للبيع ، لا لرغبة في شرائها ،
بل ليخدع غيره . فيثبت الخيار للمشتري إذا لم يعلم بأن الذي يزيد لا يريد الشراء .
وليس له الخيار في الأصح عند الشافعية ^(٤) .

ج - المسترسل : وهو الشخص الجاهل بقيمة الأشياء ، ولا يحسن المساومة
والفصال ويشترى مطمئناً إلى أمانة البائع ، ثم يتبين أنه غبن غبناً فاحشاً ، فيثبت له
الخيار بفسخ البيع .

(١) غاية المنتهى : ٣٣/٢ ، المغني : ٢١٢/٤ ، ٢١٨ وما بعدها .

(٢) عن طاوس عن ابن عباس رضي الله عنهما ، قال ، قال رسول الله ﷺ : « لا تلقوا الركبان ، ولا بيع حاضر
لباد » ، « قلت لابن عباس : ما قوله ، ولا بيع حاضر لباد ؟ » قال لا يكون له سماراً . متفق عليه واللفظ
للبخاري (سبل السلام : ٢٠/٣ وما بعدها) .

(٣) مغني المحتاج : ٣٦/٢ ، المهذب : ٢٩٢/١ .

(٤) مغني المحتاج : ٣٧/٢ ، المهذب : ٢٩١/١ .

وقال المالكية : هذه البيوع الثلاثة صحيحة ولكنها حرام للنهي الثابت في السنة عنها شرعاً ، ويعطى الخيار بالفسخ للمشتري في حالة بيع النجش دون غيره ^(١) .

الرأي الثالث - للشافعية^(٢) : لا أثر للغبن الفاحش في التصرفات سواء رافقه تغرير أم لا ؛ لأن الغبن لا يقع إلا بتقصير من المغبون غالباً ، فلو سأل أهل الخبرة ، لما وقع في الغبن .

والقانون المدني السوري نص في المادة (١٣٠) على حالة خاصة من حالات الغبن وهي الغبن الاستغلالي : وهي حالة انعدام تعادل الأداءات المتقابلة الذي دفع إلى وجوده وجود طيش بين (خفة ظاهرة) أو هوى جامح (الولوج الشديد بشيء لا قبل له بدفعه) عند أحد المتعاقدين واستغلال المتعاقد لتلك الحالة النفسية . وقدر الغبن في بيع العقار في المادة (٣٩٣ / ١) بما زاد على الخمس . وجعل جزاءه قابلية العقد للإبطال لطلب المغبون برفع الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد . وكل قابل للإبطال (البطلان النسبي) يقبل الإجازة ممن تقرر الإبطال لمصلحته .

المبحث الثالث - شروط العقد :

عرفنا فيما مضى عناصر العقد الأساسية الأربعة : وهي صيغة التعاقد ، والعاقدان ، والمحل المعقود عليه ، وموضوع العقد أو المقصد الأصلي للعقد .

ويتطلب العقد بالإضافة لعناصره توافر أربعة أنواع من الشروط وهي : شروط الانعقاد ، وشروط الصحة ، وشروط النفاذ ، وشروط اللزوم .

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٦٤ ، الشرح الكبير للدردير : ٦٧/٣ - ٧٠ ، الشرح الصغير : ٨٧/٣ . أما النهي عن تلقي

الركبان فهو عند البخاري ومسلم كما تقدم ، وأما النهي عن النجش فهو عند أحمد والشيخين عن ابن عمر : « نهى النبي ﷺ عن النجش » .

(٢) مغني المحتاج : ٣٦/٢ .

والقصد من هذه الشروط في الجملة منع وقوع المنازعات بين الناس ، وحماية مصالح العاقدين ، ونفي الغرر (أي الاحتمال) والبعد عن المخاطر بسبب الجهالة .

والمراد بالشرط : هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان خارجاً عن حقيقته^(١) ، كالطهارة للصلاة شرط فيها وهي أمر خارج عن الحقيقة ، وحضور الشاهدين في الزواج شرط فيه ، وتعيين العوضين في البيع أو قابلية المبيع للتملك شرط فيه ، والقدرة على تسليم المبيع أو أهلية العاقد شرط في البيع ؛ لأن كلاً منها ليس من أجزاء العقد^(٢) .

ويقسم الفقهاء الشروط بحسب مصدرها إلى شرط شرعي وشرط جعلي .

فالشرط الشرعي : هو الذي يفرضه الشرع ، فيصبح لا بد منه لتحقيق العقد ، ولا يوجد إلا به . وهذا محل بحثنا هنا ، كاشتراط أهلية العاقد لانعقاد العقد .

والشرط الجعلي^(٣) : هو الذي يشترطه العاقد بإرادته ليحقق له مقصداً خاصاً في العقد ، فيجعل مقترناً بالعقد ، أو معلقاً عليه كتعليق الكفالة والطلاق ، مثل إن سافر مدينتك اليوم فأنا كفيل بدينتك ، وإن فعلت (مخاطباً زوجته) كذا فأنت طالق ، وكسائر القيود والالتزامات التي يشترطها المتعاقدان على أنفسهم .

وقد بحثنا ذلك في بحث حرية العاقد في الشروط .

أ- شرائط الانعقاد : هي ما يشترط تحققه لجعل العقد في ذاته منعقداً شرعاً وإلا كان باطلاً . وهي نوعان : عامة وخاصة .

(١) أما الركن كما عرفنا : فهو عند الحنفية ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان جزءاً من حقيقته أو ماهيته . كالركوع ركن في الصلاة لأنه جزء منها ، والقراءة في الصلاة ركن ؛ لأنه جزء من حقيقة الصلاة . والإيجاب والقبول في العقد ركنان لأنها جزءان من حقيقة العقد .

(٢) مرآة الأصول لملاخسرو : ٢٣٩/٢ .

(٣) سمي جعلياً : لأن الشخص العاقد لا الشرع هو الذي جمعه شرطاً قيد به العقد أو علقت عليه في أمر كان له الخيار في تنجيذه وتعليقه .

فالشروط العامة : هي التي يجب توافرها في كل عقد .

والشروط الخاصة : هي التي يطلب وجودها في بعض العقود دون سواها .
كاشتراط الشهود في عقد الزواج ، فلا ينعقد الزواج إلا بحضور الشاهدين ، وإلا كان باطلاً .

وكاشتراط التسليم في العقود العينية (وهي الهبة والإعارة والإيداع والقرض والرهن) فلا يتم انعقاده إلا بتسليم محل العقد وإلا كان باطلاً .

وكعدم تعليق العقد على شرط في المعاوضات والتليكات كالبيع والهبة والإبراء ، فإن التعليق يبطلها . والشروط العامة للانعقاد : هي الشروط المطلوبة في صيغة التعاقد وفي العاقد ، وفي المحل المعقود عليه ، وألا يكون العقد ممنوعاً شرعاً ، وأن يكون العقد مفيداً .

أما شروط الصيغة والعاقد ومحل العقد فقد بينها سابقاً فلا داعي لتكرارها هنا .

وأما كون العقد غير ممنوع شرعاً : فهو ألا يوجد نص شرعي يقتضي بطلانه ، مثل التبرع من مال الصغير القاصر أو بيع شيء من ماله بغبن فاحش ، فلا تنعقد الهبة من مال القاصر من أي واحد ، سواء الولي أو من نفس الصغير ، ويكون العقد باطلاً ، حتى ولو أجازته الصغير بعد بلوغه ؛ لأن الباطل لا يقبل الإجازة . ومثل الاستئجار على فعل المعاصي أو ارتكاب الجرائم أو بيع المخدرات والمسكرات . ومثل بيع الغرر (أي غرر الوجود) وهو بيع الشيء المحتمل للوجود والعدم أي أن المعقود عليه هو المحتمل للوجود والعدم كبيع اللبن في الضرع والصوف على الظهر ، واللؤلؤ في الصدف ، والحمل في البطن ، والسك في الماء ، والطير في الهواء قبل صيدهما . ومنه بيع ضربة القانص (وهو أن يقول البائع : بعتك ما يخرج من إلقاء هذه الشبكة مرة بكذا) ، وضربة الغائص (وهو أن يقول البائع : أغوص غوصة ، فما

أخرجته من اللألى فهو لك بكذا) .

ومنه بيع المضامين (ما في أصلاب الذكور) والملاقيح (ما في بطون الإناث) وبيع الملامسة والمنابذة وإلقاء الحصة أو الحجر: وهي أن المشتري أو البائع إذا لمس المبيع أو نبذه البائع للمشتري، أو ألقى المشتري عليه حصة أو حجراً، فقد لزم العقد، فالمبيع في هذه الأحوال مجهول الذات أو المقدار، وقد ثبت النهي عنها كما تقدم، وكانت يبيعوا متعارفة في الجاهلية، فهي باطلة أي أن غرر الوجود مبطل للبيع .

والخلاصة: أن المنع الشرعي^(١) قد يكون بسبب طريقة العقد كبيع الغرر، أو بسبب محل العقد كبيع المخدرات والاستئجار على فعل المعاصي، أو بسبب موضوع العقد كهبة مال القاصر، والتعامل بالذهب في سوريا ومصر^(٢) .

وأما كون العقد مفيداً^(٣): فهو أن يحقق مصلحة معقولة . فلا ينعقد الرهن مثلاً في مقابل الأمانة كالوديعة؛ لأن المرهون به يجب أن يكون مضموناً^(٤)؛ لأن قبض الرهن مضمون، فلا بد أن يقابله مضمون، والوديعة ونحوها أمانة غير مضمونة . ولا يصح التعاقد بين اثنين على عدم الاشتغال في التجارة مثلاً؛ لأن ذلك مصادم لمبدأ حرية الإنسان الاقتصادية، وحماية هذه الحرية من النظام العام في الإسلام .

كما لا يصح التعاقد أيضاً على أمر واجب على الإنسان شرعاً، كالاتفاق على الامتناع من فعل جريمة، والاستئجار على فعل الواجبات الدينية كالصلاة ومجرد

(١) يلاحظ أن النهي أو المنع الشرعي عند الحنفية قد يكون أثره البطلان أو عدم الانعقاد وقد يكون أثره الفساد أي الانعقاد مع الخلل الفرعي .

(٢) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ١٦٧ .

(٣) المرجع السابق: ف ١٦٩ .

(٤) الأمانة: هي التي لا تضمن إذا تلفت (أي لا يدفع بدلها) إلا بالتعدي أو التقصير في الحفظ . والمضمون: هو الذي يضمن إذا تلف لأي سبب كان التلف .

قراءة القرآن^(١)، واستئجار الزوجة على القيام بأعمال المنزل أو على إرضاع طفلها؛ لأن ذلك واجب عليها ديانة .

ب - شرائط الصحة :

وهي ما يشترط شرعاً لترتيب آثار العقد، فإن فقدت كان العقد فاسداً، أي مختلاً اختلالاً في ناحية فرعية متممة غير أساسية، مع كونه منعقداً موجوداً في حد ذاته .

وأغلب شرائط الصحة خاص بكل عقد على حدة . ففي البيع مثلاً يشترط عند الحنفية خلوه من أحد العيوب الستة الآتية وهي : الجهالة، والإكراه، والتوقيت، والغرر (غرر الوصف)، والضرر، والشرط الفاسد^(٢) .

أما الجهالة : فهي الجهالة الفاحشة التي تفضي إلى نزاع يتعذر حله، وهو النزاع الذي تتساوى فيه حجة الطرفين بالاستناد إلى الجهالة . وهي أربعة أنواع : جهالة المبيع أو الثمن جنساً أو نوعاً أو قدراً، وجهالة أجل وفاء الثمن، أو مدة خيار الشرط، وجهالة وسائل التوثيق كتقديم كفيل أو رهن مجهولين .

وأما الإكراه بنوعيه الملجئ والناقص فيفسد العقد عند جمهور الحنفية، ويجعل العقد موقوفاً عند زفر، على التفصيل الذي ذكرناه .

وأما التوقيت : فهو تأقيت البيع بمدة شهر أو سنة، فيفسد؛ لأن ملكية العين لا تقبل التأقيت . كذلك يفسد الزواج في حال تأقيته بمدة معينة؛ لأنه مشروع بصفة التأبيد .

(١) لكن أفق متأخرو الفقهاء من الحنفية، والمالكية والشافعية يجواز أخذ الأجرة على ممارسة الشعائر الدينية مثل الأذان والإقامة والإمامة في صلاة الجمعة والجماعة، وعلى تعليم القرآن للضرورة خشية ألا يقوم بها أحد فتتعطل (تبيين الحقائق: ١٢٤/٥، البدائع: ١٩١/٤ وما بعدها، بداية المجهتد: ٢٢١/١، مفني المحتاج: ٣٤٤/٢، المهذب: ٣٩٨/١) .

(٢) رد المحتار: ٦/٤، فتح القدير ٢١٩/٥، البدائع: ١٨٨/٧ .

وأما غرر الوصف : فهو كبيع بقرة على أنها تحلب كذا رطلاً ، فهو بيع فاسد ؛ لأن المقدار المذكور من الحليب موهوم التحقق ، فقد ينقص . وأما غرر الوجود : وهو ما كان المبيع فيه محتملاً للوجود والعدم ، فيجعل البيع باطلاً كما بينا .

وأما الضرر : فهو كبيع جذع معين من سقف مبني لا يمكن تسليبه إلا بهدم ماحول الجذع ، وكبيع ذراع من ثوب يضره التبويض .

وأما الشرط الفاسد عند الحنفية^(١) فهو كل شرط فيه نفع لأحد المتبايعين ، ولم يتعارفه الناس كبيع سيارة على أن يستخدمها شهراً بعد البيع ، أو دار على أن يسكنها مدة معينة ، أو كبيع بشرط إقراض مبلغ من المال . وحكمه أنه يفسد البيع ونحوه من المعاوضات المالية ، ولا يؤثر في غيرها كما بينا سابقاً في بحث حرية الاشتراط .

كذلك يشترط في البيع الماثلة في الكمية بين البدلين والتقابض في العوضين في مبادلة الأموال الربوية بجنسها كالنقدين (الذهب والفضة) والحبوب من حنطة وشعير ونحوهما .

ويشترط أيضاً قبض المبيع المنقول قبل التصرف به من المشتري لشخص آخر .

ج - شرائط النفاذ :

يشترط لنفاذ العقد شرطان^(٢) :

أولاً - الملك أو الولاية . أما الملك : فهو حيازة الشيء متى كان الحائز له قادراً وحده على التصرف فيه عند عدم المانع الشرعي ، أي أن المالك له حرية التصرف

(١) الدر المختار: ١٢٧/٤ .

(٢) الدر المختار ورد المختار: ٦٤ ، ١٠٤ البدائع : ١٥٥/٥ .

والاستقلال بمنافع الشيء إلا إذا وجد مانع كالجنون أو السفه أو الطفولة أو عدم التمييز.

وأما الولاية : فهي سلطة شرعية بها ينعقد العقد وينفذ ، وهي إما أصلية : وهي أن يتولى الإنسان أمور نفسه بنفسه . أو نيابية : وهي أن يتولى الشخص أمور غيره من ناقصي الأهلية ، إما بإنابة المالك كالوكيل ، أو بإنابة الشارع كالأولياء (الأب أو الجد) والأوصياء (وصي الأب أو الجد أو وصي القاضي) .

ويترتب على هذا الشرط أن محل العقد ينبغي أن يكون مملوكاً للعاقده ، فإن لم يكن مملوكاً له بأن كان فضولياً ، كان العقد غير نافذ أو موقوفاً على إجازة المالك .

وقد اعتبر الشافعي وأحمد المالك أو الولاية من شرائط الانعقاد ، فتعتبر تصرفات الفضولي باطلة . كما بحثنا سابقاً .

ثانياً - ألا يكون في محل العقد حق لغير العاقده : فإن تعلق به حق الغير كان العقد موقوفاً غير نافذ ، وتعلق حق الغير له ثلاثة أوجه^(١) .

١ - أن يكون حق الغير متعلقاً بعين المحل المعقود عليه ، كبيع ملك الغير وتبرع المريض مرض الموت بما يزيد عن ثلث أمواله ، يكون موقوفاً على إجازة الوزثة .

٢ - أن يكون متعلقاً بمالية المحل المعقود عليه دون عينه ، كتصرف المدين غير المحجور عليه بما يضر حقوق الدائنين ، تتعلق حقوقهم بمالية أموال المدين لاستيفاء ديونهم ، وليست حقوقهم متعلقة بأعيان أمواله ، فلو ألقى المدين بمال آخر يفهم به حقوقهم نفذت تصرفاته الموقوفة على إجازتهم .

٣ - أن يكون متعلقاً بصلاحيه التصرف نفسه ، لا بمحل المعقود عليه ، كتصرف

(١) الدر المختار: ١٤٦/٤ ، المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف ٤/١٩٤ .

ناقص الأهلية المحجور عليه إما حجراً شرعياً بسبب الصغر كالمميز، أو حجراً قضائياً بسبب السفه أو الدين المستغرق (المحيط بكل ماله) .

فناقص الأهلية لا يملك التصرف في أمواله ، ويكون تصرفه موقوفاً على إجازة وليه الشرعي من أب أو جد أو وصي . فإن أجازته نفذ ، وإن رده بطل .

وكما أن حق الغير (أي غير العاقدين) مانع من نفاذ التصرف ، هناك مانع آخر من النفاذ وهو الإكراه .

د - شرائط اللزوم : الأصل في العقود اللزوم ، ويشترط للزوم العقد كالبيع والإيجار خلوه من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد العاقدين فسخ العقد ، والتي تثبت إما باشتراط العاقد أو بإيجاب الشرع^(١) . فإن وجد في العقد خيار كخيار الشرط أو خيار العيب أو الرؤية منع لزوم العقد في حق من له الخيار ، فكان له أن يفسخ العقد أو أن يقبله ، إلا إذا حدث مانع من ذلك ، كما سنبين في بحث الخيارات . ويسمى العقد المشتل على الخيار غير لازم .

المبحث الرابع - آثار العقد :

لكل عقد أثر خاص وأثر عام^(٢) :

فالآثر الخاص : هو حكم العقد ، وحكم العقد : هو الأثر الأصلي (أو النوعي) للعقد أو الغاية الجوهرية الأساسية المقصودة من العقد كانتقال الملكية في عقد البيع والهبة ، وتملك المنفعة في عقد الإيجار والإعارة ، وحل المتعة الزوجية في عقد الزواج ، وحق احتباس المرهون في عقد الرهن ، وتفويض التصرف في عقد الوكالة ، ونحو ذلك .

(١) حاشية ابن عابدين : ٦٤ .

(٢) راجع المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف ١٩٢ وما بعدها .

ويقال للحكم الأصلي للعقد موضوع العقد كما بينا سابقاً في بحث السبب .

وهذا يفترق الحكم الأصلي للعقد عن الالتزام . فالالتزام هو كون الشخص مكلفاً بفعل ، أو بامتناع عن فعل . مثال الأول : تسليم المبيع وأداء الثمن . ومثال الثاني : عدم التعدي على نفس أو مال الغير ، وعدم استعمال الوديعة .

ومصدر الالتزام قد يكون هو الشرع كالإنفاق على الأقارب ، وقد يكون مصدره العقد ، كالتزام بدفع الأجرة أو الثمن ، وقد يكون مصدره غير العقد وهو الفعل الضار كضمان المتلفات .

وحكم العقد الأصلي يتحقق آلياً بتقدير الشرع بمجرد انعقاد العقد صحيحاً ، فلا يحتاج إلى تنفيذ ، فبمجرد انعقاد البيع صحيحاً تنتقل الملكية للمشتري ، وهكذا سائر أحكام العقود .

أما الالتزام : فيحتاج إلى تنفيذ ؛ لأنه تكليف على شخص لمصلحة آخر ، فملكية المبيع وإن انتقلت إلى المشتري بمجرد البيع ، لكن ذلك الأثر يحتاج إلى تنفيذ التزام البائع : وهو القيام بتسليم المبيع إلى المشتري .

والالتزامات قد يستلزمها العقد ذاته : وهي التي نظمها الشرع آثاراً للعقد المنشئ لها كالتزام بتسليم المبيع وضمان العيب ، والالتزام بدفع الثمن أو الأجرة .

وقد يشترطها العاقد كاستعمال المبيع مدة بعد البيع ، وإيصال المبيع لبنت المشتري ، ودفع الأجرة سلفاً ، ونحو ذلك .

وأما الأثر العام : فهو ما تشترك فيه كل العقود أو معظمها من أحكام ونتائج . وللعقود أثران عامان هما : النفاذ ، والإلزام واللزوم .

والنفاذ : معناه ثبوت حكم العقد الأصلي والالتزامات منذ انعقاده ، أي أن آثار العقد الخاصة ونتائجه المترتبة عليه تحدث فور انعقاد العقد ، فنفاذ عقد البيع مثلاً

معناه انتقال ملكية المبيع والثن بمجرد انعقاده ، وإيجاب تنفيذ الالتزامات على الطرفين ، كتسليم المبيع وتسلم الثمن ، وضمان العيب إن ظهر فيه عيب .

ونفذ عقد الزواج معناه : إحلل المتعة الزوجية بمجرد انعقاده ، وإيجاب الحقوق والالتزامات التي ينشئها العقد بينها ، كاللزام الرجل بالنفقة ، ومسؤولية المرأة عن الطاعة المشروعة .

والنفاذ يقابله التوقف ، فيقال : عقد نافذ وعكسه موقوف .

وأهم أنواع العقد الموقوف سبعة هي :

عقد المكره ، وعقد المميز ، وعقد السفية المحجور عليه ، وعقد المدين بدين مستغرق ، وتبرع المريض مرض الموت ، وعقد الفضولي ، وتصرف المرتد عن الإسلام فإن عقوده في حال رده موقوفة عند أبي حنيفة ، فإذا عاد إلى الإسلام نفذت ، وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بالتحاقه بطلت .

والإلزام : معناه العام لغة هو إيجاب تنفيذ التزامات التعاقد ، عملاً بقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ ومعناه الخاص فقهاً : هو إنشاء التزامات متقابلة معينة على العاقدين ، كما في البيع ، أو إنشاء التزام معين على أحد العاقدين ، كما في الوعد بجائزة ، وهذا من آثار العقد .

وبهذا يختلف الإلزام عن اللزوم . فاللزوم : هو عدم استطاعة فسخ العقد إلا بالتراضي ، والتراضي على فسخ العقد يسمى إقالة .

ويكتسب العقد صفة اللزوم عند الحنفية والمالكية بمجرد تمام العقد . وهذا مأخذ به القانون وجري عليه القضاء .

وعند الشافعية والحنابلة : لا يكتسب العقد صفة اللزوم إلا بعد انقضاء مجلس

العقد ، بتفرق العاقدين بأبدانها ، عملاً بخيار المجلس الثابت في السنة النبوية ، على ما سنبين في بحث الخيارات .

المبحث الخامس - تصنيف العقود :

للعقود أقسام متعددة باعتبارات مختلفة ، أهمها النظر إلى العقد بحسب إقرار الشرع له وعدم إقراره ، أو بالنظر إلى كون العقود مسماة أو غير مسماة ، أو بالنظر إلى غاية العقد وأغراضه ، أو لكون العقد عينياً أو غير عينياً ، أو باعتبار اتصال الأثر به وعدم اتصاله .

التقسيم الأول - بحسب وصف العقد شرعاً :

ينقسم العقد بحسب الوصف الذي يعطيه الشرع له بناء على مقدار استيفائه لأركانه وشروطه إلى صحيح تترتب عليه آثاره ، وغير صحيح لا تترتب عليه آثاره .

أ- العقد الصحيح :

هو الذي استكمل عناصره الأساسية من (صيغة وعاقدين ومحل عقد وموضوع عقد) ، وشروطه الشرعية . فيصبح سبباً صالحاً لتترتب حكمه وآثاره عليه . ويعرفه الحنفية بقولهم : هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه^(١) .

وحكم العقد الصحيح : ثبوت أثره في الحال ، فالبيع الصادر من كامل الأهلية على مال متقوم شرعاً ، ولغاية مشروعة ، يترتب عليه ثبوت ملك المبيع والتمن للمشتري والبائع فور انتهاء الإيجاب والقبول إذا لم يكن في البيع خيار .

(١) أصل العقد أي ركنه (الإيجاب والقبول) وعاقداه ومحلّه . ووصف العقد : هو ما كان خارجاً عن الركن والمحل كالشرط المخالف لمقتضى العقد ، أو كون المبيع غير مقدور التسليم ، وكالتثنية فإنها صفة تابعة للعقد .

ب- العقد غير الصحيح :

هو ما اختلف فيه أحد عناصره الأساسية أو شرط من شروطه . وحكمه أنه لا يترتب عليه أثر كبيع الميتة والدم والخمر والخنزير، وكبيع فاقد الأهلية . ويشمل غير الصحيح عند جمهور الفقهاء غير الحنفية : الباطل والفساد، وهما بمعنى واحد .

وأما الحنفية : فيقسمون غير الصحيح إلى باطل وفساد . فلكل واحد معنى مختلف عن الآخر، وتلك القسمة محصورة في العقود الناقلة للملكية أو العقود التي توجب التزامات متقابلة من العاقدين ، كالبيع والإجارة والهبة والقرض والحوالة والشركة والمزارعة والمساقاة والقسمة .

أما العقود غير المالية كالوكالة والوصاية والزواج على الأصح والعقود المالية التي ليس فيها التزامات متقابلة كالإعارة والإيداع، والعبادات، والتصرفات المنفردة كالطلاق والوقف والكفالة والإقرار ونحوها، فهذه لا فرق فيها بين الفساد والباطل .

منشأ الخلاف بين الحنفية والجمهور :

أساس الخلاف بين الحنفية وغيرهم راجع لقضية أصولية : وهي فهم أثر النهي الصادر عن الشرع، كالنهي عن شراء السمك في الماء، فإنه غرر، وعن بيعتين في بيعة، وكتحريم بيع الخمر والميتة والخنزير ونحو ذلك . فهل النهي يقتضي فساد المنهي عنه أي عدم الاعتبار والوقوع في الإثم معاً أم أنه يقتصر على إيجاب الإثم وحده مع اعتباره أحياناً ؟

ثم هل يستوي النهي عن ركن من أركان العقد مع النهي عن وصف عارض للعقد لازم له أو غير لازم ؟

قال جمهور الفقهاء^(١) : إن نهي الشارع عن عقد ما : يعني عدم اعتباره أصلاً ، وإثم من يقدم عليه . ولا فرق بين النهي عن ركن من أركان العقد (الصيغة وأهلية العاقدين ومحل العقد) أو النهي عن وصف عارض للعقد ملازم له أو مجاور ، لقوله عليه الصلاة والسلام في الحديث المتقدم : « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد ، ومن أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد » .

وعليه إذا حدث عقد منهي عنه فهو باطل أو فاسد لا يترتب عليه أي أثر ؛ لأن نهي الشرع عنه يجعله غير مشروع أو غير موجود ، وإذا كان النهي لوصف فيسري إلى الموصوف .

وقال الحنفية^(٢) : قد يكون نهي الشارع عن عقد : معناه إثم من يرتكبه فقط ، لا إبطاله ، ويفرق بين النهي الراجع لأصل العقد (أي لخلل في الصيغة أو في العاقد أو في المحل) فيقتضي بطلان العقد وعدم وجوده شرعاً وعدم ترتب أي أثر عليه ، وبين النهي العائد لأمر آخر كوصف من أوصاف العقد ملازم له ، فيقتضي بطلان هذا الوصف فقط ، ولا يتعدى البطلان إلى أصل العقد ، لأنه استكمل عناصره الأساسية ، فيكون العقد فاسداً فقط .

فالبيع الصادر عن عديم الأهلية ، وبيع غير المال كالميتة ، وبيع مال غير متقوم كالخمر والخنزير والسك في الماء باطل ؛ لأن الخلل فيه راجع لأصل العقد . والبيع المؤقت أو المشتمل على جهالة في الثمن أو المؤدي إلى النزاع في العقد كبيعتين في بيعة فاسد ؛ لأن الخلل راجع لوصف في العقد خارج عن حقيقته وذاته وأركانه .

وإذا كان النهي بسبب أمر مجاور للعقد غير ملازم له وليس شرطاً فيه ، كان

(١) بداية المجتهد : ١٦٦/٢ ، المستصفي : ٦١/١ ، الإحكام للآمدي : ٦٨/١ ، شرح جمع الجوامع للحلي : ٨٠/١ ، المدخل إلى مذهب أحمد : ص ٦٩ ، الإبهاج : ٤٤/١ .

(٢) مرآة الأصول : ٢٨٩/٢ ، كشف الأسرار : ص ٢٥٨ ، رد المحتار لابن عابدين : ١٠٤/٤ .

مقتضاه الكراهة للإقدام عليه في هذه الحال كالبيع وقت النداء لصلاة الجمعة .

وعلى هذا فإن غير الصحيح عند الحنفية نوعان : باطل وفساد .

أما العقد الباطل : فهو ما اختل ركنه أو محله ، أو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه ، كأن يكون أحد العاقدين فاقد الأهلية ، كالمجنون وغير المميز ، والمميز فيما يضره ضرراً محضاً ، أو أن تكون الصيغة غير سليمة ، أو يكون محل العقد غير قابل لحكم العقد شرعاً ، كبيع ما ليس بمال ، أو ما ليس مالاً متقوماً كالخمر والخنزير والسك في الماء ، وكبيع شيء من الأموال العامة كجزء من الطريق أو من مشفى أو مسجد ، وكالبيع الذي جعل الثمن فيه غير مال أصلاً كالملتية^(١) ، أو الشيء المباح . وفي الزواج كالعقد على إحدى المحارم أو التي لم تنته عدتها من مطلقها ، أو المتزوجة بزواج آخر ، فكل هذه العقود باطلة .

وحكم الباطل : أنه لا يعد منعقداً أصلاً ، وإن وجدت صورته في الظاهر ، فلا يترتب عليه أي أثر شرعي ، فلا يفيد نقل الملكية أصلاً ، إذ لا يعد موجوداً بحال .

وأما العقد الفاسد^(٢) : فهو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه ، أي كان صادراً من هو أهل له ، والمحل قابل لحكم العقد شرعاً ، والصيغة سليمة ، ولكن صاحب ذلك وصف منه عن شرعاً ، كبيع المجهول جهالة فاحشة تؤدي للنزاع ، مثل بيع دار من

(١) إذا كان الفساد يرجع للمبيع فالبيع باطل كبيع الخمر والخنزير والميتة والدم ، وإن كان الفساد يرجع للثن : فإن كان الثمن مالاً عند بعض الناس كالخمر والخنزير فالبيع فاسد ، وإن كان الثمن ليس مالاً أصلاً كالملتية والدم فالبيع باطل .

(٢) الفساد مرتبة متوسطة بين البطلان والصحة ، وليس له نظير في القوانين . أما البطلان المطلق فيقابل البطلان عند الشرعيين ، وأما البطلان النسبي فيقابل العقد الموقوف أحياناً وذلك في حال نقص الأهلية أو العقد غير اللازم أحياناً وذلك في حالات عيوب الرضا ؛ لأن الباطل بطلاناً نسبياً صحيح إلى أن يقضي القاضي بإبطاله بناء على طلب صاحب المصلحة بإبطاله كالدلس عليه . ويمكن لصاحب المصلحة إجازة الباطل نسبياً . أما الفساد في الفقه الحنفي فهو غير صحيح ولا يترتب عليه أثر ، ويجب فسخه إما بطلب أحد العاقدين أو بواسطة القاضي بمجرد علمه ، لأنه يجمي أحكام الشريعة . ولا يملك أحد إجازة الفساد .

دور أو سيارة من سيارات دون تعيين، وكإبرام صفقتين في صفقة، كبيع دار على أن يبيعه سيارته. وكبيع مال متقوم جعل ثمنه مالاً غير متقوم كخمر مثلاً، وكبيع بقره على أنها حامل.

وحكم الفاسد: ثبوت الملك فيه بالقبض بإذن المالك صراحة، أو دلالة كأن يقبضه في مجلس العقد أمام البائع، دون أن يعترض عليه.

والعقد الفاسد واجب الفسخ شرعاً، إما من أحد العاقدين أو من القاضي إذا علم بذلك، لأنه منهي عنه شرعاً. وإمكان الفسخ مشروط بشرطين:

أحدهما - بقاء المعقود عليه على ما كان قبل القبض، فلو تغير شكله بأن هلك أو استهلك، أو كان غزلاً فنسجه، أو قحاً فطحنه، أو دقيقاً فخبزه، امتنع الفسخ.

ثانيهما - عدم تعلق حق الغير به، فلو تصرف به المشتري لآخر بالبيع أو بالهبة وتم قبضه من الموهوب له، امتنع الفسخ.

العقد المكروه تحريماً:

العقد الباطل منهي عنه لأمر أساسي فيه، والفساد منهي عنه لوصف ملازم له، فإن كان النهي لوصف غير لازم، أي مجاور للنهي عنه، فهو مكروه كراهة تحريمية عند الحنفية، وحرام موجب للإثم والمعصية عند جمهور الفقهاء.

ومن أهم هذه العقود المكروهة^(١) أو المحرمة لما فيها من الضرر أو الغرر مع أنها صحيحة ما يأتي^(٢):

(١) المكروه تحريماً عند الحنفية: ما ثبت بدليل ظني فيه شبهة. وهو إلى الحرام أقرب.

(٢) انظر أحكام هذه البيوع في المذاهب: عند الحنفية: فتح القدير: ٢٢٩/٥ وما بعدها، تبين الحقائق: ٦٧/٤ وما بعدها، الدر المختار: ١٢٩/٤، وعند المالكية: بداية المجتهد: ١٦٤/٢ - ١٦٦، ١٦٨، القوانين الفقهية: ص ٢٥٩، ٢٦٤، الشرح الكبير للدردير: ٦٧/٣ - ٧٠، وعند الشافعية: نهاية المحتاج: ٧٤/٢، مغني المحتاج: ٣٦/٢ وما بعدها، تحفة الطلاب للأصاري: ص ١٤٢، الباجوري على ابن قاسم: ٣٥٣/١، وعند الحنابلة: غاية المنتهى: ١٧/٢، ٣٣، المغني: ٢١٢/٤ - ٢١٨.

١- بيع النَّجْش: وهو أن يزيد الرجل في السلعة، وليس له حاجة بها، إلا ليغلي ثمنها وينفع صاحبها. وهو حرام أو مكروه تحريماً، لنهي النبي ﷺ عن النَّجْش وقال: لا تناجشوا^(١). وقال الحنفية: لا يكره النَّجْش إلا إذا زاد المبيع عن قيمته الحققة، فإن لم يكن بلغ القيمة فزاد لا يريد الشراء فجائز ولا بأس به لأنه عون على العدالة.

وأما المزايدة أو البيع بالمزاد العلني: وهو أن ينادى على السلعة، ويزيد الناس فيها بعضهم على بعض حتى تقف على آخر زائد فيها فيأخذها، فهو بيع صحيح جائز لا ضرر فيه.

٢- تلقي الركبان أو الجلب: وهو مبادرة بعض أهل المدينة أو البلد لتلقي الآتين إليها، فيشتري منهم ما معهم، ثم يبيع كما يرى لأهل البلد. وهذا عند الحنفية مكروه تحريماً إن أضر بالأهالي، وإلا فلا يكره إذا لم يلبس السعر على الواردين لأنه إن فعل هذا كان فيه تغرير بهم. وقد نهى النبي ﷺ عن تلقي البيوع أو أن يتلقى الجلب^(٢).

٣- بيع الحاضر للبادي: وهو ألا يبيع الواحد من أهل البلد (الحاضر) ما عنده من طعام ونحوه إلا لأهل البادية، طمعاً في زيادة الثمن، أو أن يتخصص شخص ببيع بضاعة الغريب على التدريج مع حاجة أهل البلد، بسعر أعلى، مع أن الغريب كان يريد البيع بسعر اليوم. وكراهة هذه البيوع إذا كانت تضر بأهل البلد، وإلا فلا ضرر، وقد نهى النبي ﷺ أن يبيع حاضر لباد^(٣). وقد أجاز المالكية فسح هذا البيع، كالنجش.

(١) أخرج البخاري ومسلم عن ابن عمر قال: «نهى رسول الله ﷺ عن النَّجْش» وأخرج أيضاً عن أبي هريرة قال: «نهى رسول الله ﷺ أن يبيع حاضر لباد، ولا تناجشوا» (سبل السلام: ١٨ / ٢، ٢٢).

(٢) أخرج البخاري ومسلم عن ابن عباس حديث «لا تلقوا الركبان، ولا يبيع حاضر لباد» (سبل السلام: ٢٠ / ٣).

(٣) رواه البخاري ومسلم عن ابن عمر، وروى الجماعة إلا البخاري عن جابر أن النبي ﷺ قال: «لا يبيع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض» (نيل الأوطار: ١٦٤ / ٥).

٤ - البيع وقت النداء لصلاة الجمعة : عند الجمهور من حين صعود الإمام على المنبر إلى أن تنقضي الصلاة ، وعند الحنفية : من الأذان الأول . وهذا البيع صحيح مكروه تحريماً عند الحنفية ، وصحيح حرام عند الشافعية ؛ لقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ ، وَذَرُوا الْبَيْعَ ﴾ ويلحق بالبيع عند غير الحنابلة سائر العقود لما فيها من شغل عن السعي إلى الجمعة . والنهي عنها لأمر خارج عن حقيقة العقد .

وعد المالكية^(١) هذا البيع من البيوع الفاسدة ، وقالوا : إنه يفسخ على المشهور وقال عنه الحنابلة : لا يصح هذا البيع .

أنواع العقد الصحيح :

ينقسم العقد الصحيح عند الحنفية والمالكية إلى نافذ وموقوف :

فالنافذ : هو ما صدر من له أهلية وولاية على إصداره ، كأغلب عقود الناس مثل العقد الصادر من الرشيد في ماله ، أو الولي أو الوصي للقاصر ، أو الوكيل لموكله . وحكمه : أنه تترتب عليه آثاره فور صدوره ، من غير توقف على إجازة أحد .

والموقوف : هو ما صدر من شخص له أهلية التعاقد ، من غير أن يكون له ولاية إصداره . كعقد الفضولي ، وعقد الصغير المميز فيما يتردد بين الضرر والنفع ، وحكمه : أنه لا تترتب عليه آثاره إلا إذا أجازها صاحب الشأن الذي يملك إصداره ، فإن لم يجزه بطل العقد .

وهذا العقد عند الشافعية والحنابلة باطل .

(١) تبصرة الحكم لابن فرحون بهامش فتح العلي : ٢ / ٣٧٨ .

أنواع العقد النافذ :

ينقسم العقد النافذ إلى لازم وغير لازم

واللازم : هو ما ليس لأحد عاقديه فسخه دون رضا الآخر ، كالبيع والإجارة .

والأصل في العقود للزوم ؛ لأن الوفاء بالعقود واجب شرعاً لقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ .

وتثبت صفة اللزوم عند الحنفية والمالكية بمجرد صدور العقد من العاقدين . وعند الشافعية والحنابلة : لا يلزم العقد إلا بتفرق العاقدين بأبدانها ، أو إذا تخايرا ، فاختارا لزومه ، عملاً بمجديث خيار المجلس : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، أو يقول أحدهما للآخر : اختر » .

وغير اللازم أو الجائز كما يسميه بعض الفقهاء : هو ما يملك كل من طرفيه أو أحدهما فقط فسخه دون رضا الآخر . إما عملاً بطبيعة العقد نفسه كالوكالة والإعارة والإيداع ، أو لمصلحة العاقد كالعقد المشتمل على الخيار .

والعقود بالنسبة إلى اللزوم وقابلية الفسخ وعدمه أربعة أنواع .

أ- عقود لازمة لا تقبل الفسخ : كالزواج لا يقبل الفسخ ولو باتفاق العاقدين بطريق الإقالة أي لا يقبل الإلغاء الاتفاقي . وإنما يقبل الإنهاء بطرق شرعية كالطلاق والخلع^(١) والتفريق القضائي لعدم الإنفاق أو للعيب أو للضرر وسوء العشرة أو للغبية أو للحبس والاعتقال ونحو ذلك .

وكل ما لا يقبل الفسخ لا يثبت فيه خيار ؛ لأن الخيار يعطي حق الفسخ لصاحبه .

(١) الطلاق ليس فسخاً للزواج ، بل إنهاء له بوضع حد لحكه وأثاره . والخلع : هو إنهاء الزواج لقاء مال تدفعه الزوجة لزوجها . والطلاق أو الخلع أو التفريق ليست إلغاء للعقد ، وإنما هي إنهاء بدليل بقاء حرمة المصاهرة وثبوت النسب بعد الإنهاء ، فأم الزوجة مثلاً تبقى محرمة على زوج ابنتها أبداً ولو طلق البنت :

ب- عقود لازمة تقبل الفسخ : أي تقبل الإلغاء بطريق الإقالة أي باتفاق العاقدين . وهي عقود المعاوضات المالية كالبيع والإيجار والصلح والمزارعة والمساقاة ونحوها . وهذه العقود تقبل الفسخ بالخيار أيضاً .

ج- عقود لازمة لأحد الطرفين : كالرهن والكفالة : فإنها لازمان بالنسبة إلى الراهن والكفيل ، وغير لازمين بالنسبة للدائن المرتهن ، والمكفول له ؛ لأن العقد لمصلحتها الشخصية توثيقاً للحق ، فلها التنازل عنه .

د- عقود غير لازمة للطرفين : وهي التي يملك كل من العاقدين فيها حق الفسخ والرجوع ، كالإيداع والإعارة والوكالة والشركة والمضاربة والوصية والهبة ، فالعقود الخمسة الأولى يجوز لكل من العاقدين فسخ العقد متى شاء . والوصية والهبة يصح للموصي والواهب الرجوع عنها ، كما يصح للموصى له والموهوب له ردها وإبطالها بعد وفاة الموصي ، وفي حال حياة الواهب .

التقسيم الثاني - بالنظر إلى التسمية وعدمها :

تقسم العقود إلى مسماة وغير مسماة :

أما العقود المسماة : فهي ما وضع الشرع لها اسماً خاصاً بها ، وبين أحكامها المترتبة عليها ، كالبيع والإجارة والشركة والهبة ، والكفالة والحوالة والوكالة والرهن ، والقرض والصلح ، والزواج والوصية ونحوها .

وأما العقود غير المسماة : فهي التي لم يوضع لها اسم خاص في الشرع ، ولم يرتب التشريع أحكاماً خاصة بها ، وإنما استحدثها الناس تبعاً للحاجة . وهي كثيرة لا تنحصر ، لأنها تنشأ بحسب تجدد حاجات الناس وتطور المجتمعات وتشابك المصالح ، مثل عقد الاستصناع ، وبيع الوفاء ، وبيع الاستجرار ، والتحكير ، وأنواع

المقاولات ، أي التعهدات والالتزامات الحديثة ، وأنواع الشركات التي تمنح امتيازات للتنقيب عن النفط والمعادن ، عقود النشر والإعلان في الصحف والمجلات ونحوها .

أما الاستصناع : فهو التعاقد على صنع شيء معين^(١) كالأحذية والآنية والسيارات والبواخر ، والمفروشات ونحوها . وقد تردد بين اعتبار كونه بيعاً أو إجارة أو وعداً ، ثم استقر على تسمية خاصة به .

وأما بيع الوفاء : فهو أن يبيع المحتاج إلى النقود عقاراً على أنه متى وفي الثمن استرد العقار^(٢) . تردد بين كونه بيعاً أو رهناً ، ثم استقر على هذا الاسم الخاص به .

وبيع الاستجرار : هو ما يستجره الإنسان من البياح ، ثم يحاسبه على أثمانها بعد استهلاكها^(٣) . تردد بين كونه بيعاً أو ضمان متلفات ياذن مالكها عرفاً ، واستقر على هذا الاسم تسهياً لأمر الناس ودفعاً للحرص .

والتحكير : هو الاتفاق على الانتفاع بأرض الوقف بالبناء والغرس لقاء أجره معجلة تقارب قيمة الأرض ، وأجرة سنوية ضئيلة ، حددت في قانون الملكية العقارية السوري (باثنين ونصف في الألف) من قيمة الأرض المقدرة رسمياً لجباية الضرائب العقارية^(٤) .

وقد عرفنا في بحث حرية التعاقد : أن الرأي الغالب أو الراجح فقهاً هو جواز إحداث عقود جديدة لا تخالف نصوص الشريعة ومبادئها وقواعدها العامة ، كما يقول الحنابلة وبخاصة ابن تيمية وابن القيم . أو من طريق القياس والاستحسان والعرف والمصالح المرسله وغيرها من أدلة التشريع كما يقول الحنفية والمالكية والشافعية .

(١) البدائع : ٢ / ٥ ، فتح القدير : ٣٥٤ / ٥ ، الفتاوى الهندية : ٥٠٤ / ٤ .

(٢) الدر المختار ورد المختار : ٢٥٧ / ٤ . وانظر المجلة في المواد (٣٩٦ - ٤٠٣) .

(٣) الدر المختار : ١٣ / ٤ .

(٤) رد المختار : ٤٢٨ / ٣ ، المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه للأستاذ الزرقاء : ص ٤٠ ، المدخل الفقهي للزرقاء .

حاشية ف ٢٩٥ .

التقسيم الثالث - بالنظر إلى غاية العقد وأغراضه :

تنقسم العقود بحسب أغراضها وغاياتها إلى مجموعات سبعة ، فقد تكون غاية العقد هي تمليك شيء ، أو الاستيثاق ، أو الحفظ ، أو التفويض ونحو ذلك .

١- التمليكات : وهي ما يقصد بها تمليك شيء ، عين أو منفعة ، فإن كان التملك بعوض فهي عقود المعاوضات كالبيع والإجارة ، والصرف والصلح ، والقسمة ، والاستصناع ، والمزارعة والمساقاة ، والزواج ، ونحوها مما فيه معاوضة ومبادلة بين طرفين .

وإن كان التملك مجاناً بغير عوض فهي عقود التبرعات ، كالهبة والصدقة والوقف والإعارة وحوالة الدين .

وقد يكون التبرع في ابتداء العقد كالقرض والكفالة بأمر المدين ، والهبة بشرط العوض ، ثم يلزم الطرف الآخر بدفع البذل ، فهي تبرع ابتداءً ، معاوضةً انتهاءً .

٢- الإسقاطات : وهي ما يقصد بها إسقاط حق من الحقوق ، سواء ببذل ، أم بدون بدل .

فإن كان الإسقاط بدون بدل من الطرف الآخر فهو الإسقاط المحض ، كالطلاق المجرد عن المال ، والعفو عن القصاص ، والإبراء عن الدين ، والتنازل عن حق الشفعة .

وإن كان الإسقاط ببذل أو عوض من الطرف الآخر ، فهو إسقاط المعاوضة ، كالطلاق على مال ، والعفو عن القصاص بالدية .

٣- الإطلاقات : وهي إطلاق الشخص يد غيره في العمل ، كالوكالة وتولية الولاية والقضاء ، والإذن للمحجور عليه بالتصرف أو للصغير المميز بالتجارة ، والإيضاء : وهو أن يعهد شخص لآخر في أن يتولى شؤون أولاده القصر بعد وفاته .

٤- التقييدات : وهي منع الشخص من التصرف ، كعزل الولاية والقضاة ، ونظار الوقف ، والأوصياء ، والقوام على المحجور عليهم ، والوكلاء . وحجر الشخص عن التصرف بسبب الجنون أو العته أو السفه أو الصغر .

٥- التوثيقات : (أو التأمينات أو عقود الضمان) : وهي التي يقصد بها ضمان الديون لأصحابها وتأمين الدائن على دينه ، وهي الكفالة والحوالة والرهن .

٦- الاشتراك : وهي التي يقصد بها المشاركة في العمل والربح ، كعقود الشركات بأنواعها ، ومنها المضاربة : وهي أن يدفع شخص لآخر مبلغاً من المال ليتجر فيه على أن يشترك في الربح ، والخسارة على رب العمل . ومنها المزارعة (تعهد الأرض بالعناية) والمساقاة (تعهد الأشجار بالسقي ونحوه) .

٧- الحفظ : وهي التي يراد منها حفظ المال لصاحبه ، كعقد الإيداع ، وبعض خصائص الوكالة .

التقسيم الرابع - بالنظر إلى العينية وعدمها :

تنقسم العقود إلى عينية وغير عينية .

فالعقد العيني : هو الذي لا بد فيه لتام انعقاده وترتيب أثره من تسليم الشيء المعقود عليه عيناً . وهو يشمل عقوداً خمسة : هي الهبة والإعارة والإيداع والرهن والقرض^(١) . فهذه العقود لا بد لتامها وترتب أثرها عليها من قبض المعقود عليه ؛ لأن هذه العقود ما عدا الرهن من التبرعات ، والتبرع إحسان ، فلا بد له من شيء يؤكده ، وهو القبض . وأما الرهن أي الرهن الحيازي فإنه شرع موصوفاً بالقبض في

(١) يشترط منعاً من الوقوع في الربا والاستغلال قبض كل من العوضين في مجلس العقد في مبادلة الأموال الربوية بعضها (وهي عند الحنفية كل ما يباع كَيْلاً أو وزناً) كبيع النقود ببعضها وهو عقد الصرف ، وكبيع الخنطة بالخنطة أو الخنطة بالشعير . ويشترط أيضاً قبض الثمن (رأس مال السلم) في عقد السلم : وهو بيع أجل بماجل كبيع المنتجات الزراعية قبل حصادها في الموسم ، وذلك في مجلس العقد ذاته .

قوله تعالى : ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ والقبض عند الحنفية : يتم بالتخلية أي بأن يخلي المالك بين المعقود عليه والطرف الآخر، برفع الحائل بينهما، على وجه يتمكن الآخر من الحياة والتصرف في الشيء^(١) .

والعقد غير العيني : هو الذي يتم بمجرد الصيغة السليمة من العيوب ويترتب عليه أثره بدون حاجة إلى القبض . وهذا يشمل جميع العقود ما عدا العقود الخمسة السابقة .

التقسيم الخامس - باعتبار اتصال الأثر بالعقد وعدم اتصاله :

ينقسم العقد بحسب ترتب أثره عليه بمجرد انعقاده وعدم ترتب أثره في الحال إلى أنواع ثلاثة : هي منجز ، ومضاف ، ومعلق .

١ - **العقد المنجز :** وهو ما صدر بصيغة غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى المستقبل . وحكمه : ترتب الآثار عليه في الحال ما دام مستوفياً لأركانه وشروطه المطلوبة فيه . مثل : بعثك هذه الأرض بكذا ، وقبل الآخر . يترتب على هذا البيع تحقق أثره عليه في الحال : وهو انتقال الملكية في العوضين .

والأصل في العقود التنجيز في الحال أي أن آثارها تترتب فور إنشائها ما عدا الوصية والإيضاء ، فلا يمكن بطبيعتها أن يكونا ناجزين ، لإضافتها حتماً لما بعد وفاة الموصي . أما الوصية : فهي تمليك مضاف لما بعد الموت بالتبرع بشيء لجهة أو شخص ما . وأما الإيضاء : فهو إقامة وصي على أبنائه القاصرين بعد وفاة الولي .

٢ - **العقد المضاف للمستقبل :** ما صدر بصيغة أضيف فيها الإيجاب إلى زمن

(١) البدائع : ٢٤٤/٥ . وقال المالكية والشافعية : قبض العقار بالأرض والدور يتم بالتخلية ، وقبض المنقول للأمتعة والدواب يتم بحسب العرف الجاري بين الناس (الشرح الكبير للدردير : ١٤٥/٣ ، المجموع : ٣٠١/٩ - ٣٠٩ ، المهذب : ٢٦٣/١) وقال الحنابلة : قبض كل شيء بحسبه ، ويرجع فيه إلى العرف (المغني : ١١١/٤ وما بعدها) .

مستقبل . مثل : أجرتك داري لسنة من مطلع الشهر القادم . أنت طالق غداً أو بعد أسبوع .

وحكمه : أنه ينعقد في الحال ، ولكن أثره لا يوجد إلا في الوقت المحدد الذي أضيف إليه .

العقود بالنسبة للإضافة :

العقود عند الحنفية بالنسبة لقبولها الإضافة أو عدم قبولها ثلاثة أنواع :

أ - عقود لا تكون إلا مضافة بطبيعتها : وهي الوصية والإيصال كما أوضحنا ، سواء أكانت منجزة مثل : أوصيت بكذا للفقراء أو لمسجد البلدة ، أم معلقة مثل : إن نجحت في المشروع الفلاني فقد أوصيت بمبلغ كذا للمشفى الفلاني . فإذا تحقق النجاح ، لم يثبت حكم الوصية إلا بعد الوفاة .

ب - عقود لا تقبل الإضافة ، وإنما تكون دائماً ناجزة : وهي عقود تمليكات الأعيان ، كالبيع والهبة والصلح على مال والإبراء عن الدين . ويلحق بها الزواج والشركة والقسمة والرجعة ؛ لأنها تتطلب شرعاً ثبوت آثارها في الحال ، فإذا أضيفت للمستقبل تأخرت آثارها عنها ، وذلك ينافي أصل وضعها الشرعي . فالبيع يوجب نقل الملكية في الحال ، والزواج يفيد حل الاستمتاع حالاً ، فلا يصح تأخير الأثر عنها .

ج - عقود تصح منجزة ومضافة للمستقبل : فإذا كانت منجزة ترتب عليها آثارها في الحال ، وإن كانت مضافة تأخر آثارها إلى زمن الإضافة ، وهي ^(١) :

أولاً - العقود الواردة على المنافع : كالإجارة والإعارة والمزارعة والمساقاة .
ثانياً - الالتزامات أو التوثيقات : كالكفالة والحوالة .

(١) تبين الحقائق : ١٣٤/٤ .

ثالثاً- الإطلاقات : كالوكالة والقضاء والوظائف والإدارات والإذن بالتجارة .
رابعاً- الإسقاطات : كالطلاق والخلع من جانب الزوج ، والوقف .

٣- العقد المعلق على شرط : هو ما صدر معلقاً وجوده على أمر آخر بأحد أدوات الشرط . مثل : إن سافرت فأنت وكيلي . إذا قدم فلان من الحجاز فقد بعثك الشيء الفلاني .

ويختلف المعلق على شرط عن المضاف للمستقبل في أن العقد المعلق لا ينعقد إلا حين وجود الشرط المعلق عليه . أما المضاف للمستقبل فهو منعقد في الحال ، ولكن آثاره لا يسري مفعولها إلا في المستقبل المضاف إليه .

العقود بالنسبة للتعليق عند الحنفية :

تنقسم العقود من هذه الناحية إلى ثلاثة أنواع هي ^(١) :

أ- عقود لا تقبل التعليق وهي :

أولاً- التليكات المالية ما عدا الوصية ، سواء أكانت واردة على الأعيان كالبيع والإبراء ، أم على المنافع كالإجارة والإعارة ، بطريق المعاوضة أم بطريق التبرع كالهبة ؛ لا يصح تعليقها على شرط متردد بين الوجود والعدم ؛ لأن الملكية لا بد أن تكون مستقرة جازمة لا تردد فيها ، وإلا شابهت القمار .

ثانياً- المبادلات غير المالية : كالزواج والخلع لا يصح تعليقها على شرط ، مثل : تزوجتك إن نجحت في شهادة كذا ، وخالعتك إن رضي أخي ؛ لأنه لا بد من تحقق أثرها في الحال .

ثالثاً- التقييدات كالرجعة وعزل الوكيل والحجر على الصبي المأذون له في التجارة .

(١) المرجع السابق ، الدر المختار : ٢٧٧/٤ ، فتح القدير : ٤٠٤/٥ .

رابعاً - الرهن والإقالة (فسخ العقد بالتراضي) : لا يصح تعليقها ، مثل : رهنك هذه الدار إن رضي والدي . أقلتك من البيع إن وجدت مشترياً بثمن أعلى .

وقد عرفنا سابقاً في بحث حرية الاشرط أن ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة قالوا : يصح تعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات بالشروط ولا يمنع منها إلا ما ورد بالنهي عنه نص من الشارع .

ب - عقود يصح فيها التعليق بأي شرط ملائم أم غير ملائم وهي :

أولاً - الإسقاطات المحضة : كالطلاق والتنازل عن حق الشفعة .

ثانياً - الوكالة والوصية والإيضاء .

ثالثاً - الالتزامات التي يراد منها تقوية إرادة الملتزم ، كالنذر واليمين ، مثل : إن نجحت في الامتحان فله علي صوم أسبوع أو لأتصدقن بمبلغ كذا . ووالله لأفعلن كذا إن انتصرنا على العدو .

ج - عقود يصح تعليقها بالشروط الملائم دون سواه . وهي الكفالة والحوالة والإذن للصبي بالتجارة .

والشروط الملائم : هو ما كان مناسباً لمقتضى العقد ، عرفاً أو شرعاً ، بأن يكون أساساً لوجوده ، أو سبباً لثبوت الحق ، مثل : إن أقرضت فلاناً فأنا كفيله ، إن لم أدفع دينك بعد شهر فقد أحلتك به علي فلان ، إن أحسنت التجارة فقد أذنت لك بها .

أما غير الملائم فمثل : إن نزل المطر فقد كفلت فلاناً ، أو أحلتك بدينك علي فلان ، أو أذنت لك بالتجارة ، وإن نجح ابني في شهادة كذا فقد كفلتك . فمثل هذه الشروط غير المفيدة أو التي لا يظهر فيها غرض صحيح تعد نوعاً من العبث أو الهزل واللغو ، ولا تصح العقود مع الهزل .

المبحث السادس - الخيارات

عرفنا في المبحث السابق أن العقد اللازم : هو الخالي من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد العاقدين فسخه وإبطاله .

ومعنى الخيار: أن يكون للمتعاقد الحق في إمضاء العقد أو فسخه ، إن كان الخيار خيار شرط أو رؤية أو عيب . أو أن يختار أحد المبيعين إن كان الخيار خيار تعيين .

والخيارات سبعة عشر ، سنجمل هنا الكلام عن ستة منها فقط ، هي خيار المجلس ، وخيار التعيين ، وخيار الشرط ، وخيار العيب ، وخيار الرؤية . وقد شرعت الخيارات إما ضماناً لرضا العاقدين أو حفظاً لمصلحتها ، أو دفعاً للضرر الذي قد يلحق أحد العاقدين ، فهي مشروعة للضرورة أو للحاجة إليها .

ومصدر الخيارات : إما اتفاق العاقدين كخيار الشرط وخيار التعيين . وإما حكم الشرع ، كخيار العيب وخيار الرؤية . وقد يعتبر خيار العيب ثابتاً باشتراط المتعاقد ضمناً لا صراحة .

خيار المجلس عند الشافعية والحنابلة :

خيار المجلس : هو أن يكون لكل من العاقدين حق فسخ العقد مادام في مجلس العقد ، لم يتفرقا بأبدانها ، أو يخير أحدهما الآخر فيختار لزوم العقد .

ومعنى هذا أن العقد لا يلزم إلا بإنهاء مجلس العقد بالتفرق أو بالتخير . وليس ذلك في كل العقود وإنما في العقود اللازمة من الجانبين فقط القابلة للفسخ وهي عقود المعاوضات المالية كالبيع بأنواعه وصلاح المعاوضة والإجارة ؛ لأن الدليل المثبت له وهو الحديث ورد في البيع فيقاس عليه ما في معناه من عقود المعاوضات^(١) .

(١) المجموع للنووي : ١٨٦/٩ وما بعدها ، ط العاصمة .

وقد انقسم الفقهاء في شأنه فريقين :

١ - فقال الحنفية والمالكية^(١) : يلزم العقد بالإيجاب والقبول ، ولا يثبت فيه خيار المجلس ؛ لأن الله أمر بالوفاء بالعقود في قوله تعالى : ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ والخيار منافع لذلك ، فإن الراجع عن العقد لم يف به ، ولأن العقد يتم بمجرد التراضي ، بدليل قوله تعالى : ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ والتراضي يحصل بمجرد صدور الإيجاب والقبول ، فيتحقق الالتزام من غير انتظار لآخر المجلس .

ولم يأخذوا بالأحاديث الواردة في إثبات خيار المجلس لمنافاتها لعموم هذه الآيات القرآنية . وتأول الحنفية حديث خيار المجلس « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » بأنه وارد في مرحلة ما قبل تمام العقد . فالبيعان : معناه المتساومان قبل العقد ، إن شاء عقدا البيع ، وإن شاء لم يعقدها ، والمراد بالتفرق : هو التفرق بالأقوال لا بالأبدان ، أي أن للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل قبول الآخر ، وللآخر الخيار ، إن شاء قبل في المجلس ، وإن شاء رد ، وهذا هو خيار القبول أو الرجوع .

ولكن يلاحظ أن هذا التأويل لا معنى له ؛ لأن كل عاقد قبل إبرام العقد حر في القبول وعدمه ، ويجعل (أي هذا التأويل) الحديث عديم الفائدة ، فلا حاجة للمشرع لإثبات مبدأ حرية الإنسان فيما يلتزم ، فهو أصل عام ، والأصل في كل إنسان عدم الالتزام . فإذا لم يقبل الذي وجه له الإيجاب لا يسمى ذلك تفرقا وإنما اختلافاً .

وحديث خيار المجلس لا يعارض آية الأمر بالوفاء بالعقود ؛ لأن المراد بالعقود هي الكاملة اللازمة التي لا خيار فيها ، ولا يعارض أيضاً آية ﴿ تجارة عن تراض ﴾ ؛ لأن هذا الخيار مشروع للتأكد من تمام التراضي .

(١) البدائع : ١٢٤/٥ ، فتح القدير : ٧٨/٥ ، بداية المجتهد : ١٦٧/٢ وما بعدها ، الشرح الكبير مع الدسوقي : ٨١/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٢٧٤ ، المنتقى على الموطأ : ٥٥/٥ .

٢ - وقال الشافعية والحنابلة المبتون لخيار المجلس^(١) : إذا انعقد العقد بتلاقي الإيجاب والقبول يقع العقد جائزاً أي غير لازم ، مادام المتعاقدان في مجلس العقد . ويكون لكل من العاقدين الخيار في فسخ العقد أو إمضائه ، مادام مجتمعين في المجلس لم يتفرقا بأبدانها ، أو يتخaira . ويحدد طبيعة التفرق : العرف الشائع بين الناس في التعامل^(٢) ، وهذا هو خيار المجلس .

واستدلوا على مشروعيته بالحديث الصحيح الثابت برواية البخاري ومسلم وهو أنه ﷺ قال : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، أو يقول أحدهما للآخر : اختر »^(٣) أي اختر الزوم . وأما التفرق فهو أن يتفرقا بأبدانها ، فلو أقاما في ذلك المجلس مدة متطاولة كسنة أو أكثر ، أو قاما وتماشيا مسافة ، فهما على خيارهما ، كما قال النووي . والرجوع في التفرق إلى العادة ، فما عده الناس تفرقاً فهو تفرق ملزم للعقد ، وما لا فلا^(٤) .

خيار التعيين :

خيار التعيين^(٥) : هو أن يكون للعاقد حق تعيين أحد الأشياء الثلاثة المختلفة في الثمن والصفة التي ذكرت في العقد . فإذا عين الواحد صار محل العقد معلوماً بعد أن كان مجهولاً بعض الجهالة .

وهو لا يثبت إلا في عقود المعاوضات المالية التي تقيّد نقل ملكية الأعيان كالبيع ، والهبة بعوض ، والقسمة ونحوها .

- (١) مغني المحتاج : ٤٢/٢ ، ٤٥ ، المهذب : ٢٥٧/١ ، المغني : ٥٦٢/٣ ، المجموع : ١٩٦/٩ ، ط العاصمة .
- (٢) قال الحنابلة والشافعية : يكون التفرق إما بالمشي أو بالصعود أو بالنزول ، أو بالخروج من المكان (غاية المنتهى : ٢٠٧/٢ ، المجموع للنووي : ١٩٢/٩) .
- (٣) سبل السلام : ٣٢٧/٣ وما بعدها . قال ابن رشد المالكي : وهذا حديث إسناده عند الجميع من أوثق الأسانيد وأصحها . وأثبت ابن حزم في المحلى تواتره أي رواية جمع غفير له .
- (٤) أخذ على هذا الرأي كونه يزعم من قوة العقد الملزمة ، وهو مبدأ خطير من أهم المبادئ القانونية (مصادر الحق للسنهوري : ٣٧/٢) .
- (٥) راجع أحكام خيار التعيين في المواد (٣١٦ - ٣٢٩) من المحلة .

ولا يثبت هذا الخيار إلا للمشتري فقط ، على الرأي الراجح عند الحنفية .

وقد اختلف الفقهاء في مشروعيته ، فمنه الشافعي وأحمد وزفر من الحنفية لجهالة المبيع ، والمبيع يشترط أن يكون معلوماً .

وأجازه أبو حنيفة وصاحبه استحساناً لحاجة الناس إليه ، إذ قد يكون الشخص غير خبير بأحوال المشتريات ، فيحتاج إلى استشارة غيره ليأخذ الأرفق والأوفق له . وقد يحتاج الشخص إلى توكيل غيره بالشراء ويرغب في رؤية الشيء المشتري ، ولا يوافق التاجر على إخراج البضاعة من محله إلا بشراء واحد من اثنين أو ثلاثة^(١) . وهذا معنى معقول وواقعي ، محقق لمصلحة التاجر لكي تصبح البضاعة المقبوضة مضمونة لا مجرد أمانة ، ونافع للمشتري لتحقيق رغبته وميوله ، وليس في جهالة المبيع خطورة ، لأنها لا تفضي إلى النزاع ، لتعيين ثمن كل صنف على حدة .

شروطه :

اشترط الحنفية القائلون بخيار التعيين شروطاً ثلاثة لصحته وهي^(٢) :

١ - أن يكون الخيار بين ثلاثة أشياء على الأكثر ؛ لأن أصناف الأشياء تتراوح عادة بين الجيد والوسط والرديء ، فما زاد عن الثلاثة لا يصح فيه الخيار ، لعدم الحاجة إليه .

٢ - أن تكون الأشياء متفاوتة القيمة أو الوصف ، وثن كل منها محدد معين ، فإن كانت الأشياء متحدة القيمة أو الوصف فلا معنى للخيار بينها . وإذا كان الثمن غير محدد لكل منها ، كان مجهولاً ، وجهالة الثمن تفسد البيع .

(١) تبين الحقائق للزليعي : ٢١/٤ ، البدائع : ٢٦١/٥ .

(٢) الزليعي : ٢١/٤ ، البدائع : ٢٦١/٥ ، فتح القدير : ١٣٠/٥ وما بعدها .

٣ - أن تكون مدة الخيار معلومة ، لاتزيد عن ثلاثة أيام عند أبي حنيفة كخيار الشرط ، فإن زادت على ذلك فسد العقد .

وقال الصحابان : يكفي أن تكون المدة معلومة ، وإن زادت عن ثلاثة أيام .

أثر خيار التعيين :

إذا اقتصر المشتري على ذكر خيار التعيين بدون خيار الشرط ، كان العقد لازماً تثبت به ملكية أحد الأشياء ، وينحصر دور المشتري في اختيار أحد الأشياء التي اشتراها . وإذا مات المشتري ورثه ورثته في ممارسة حق الاختيار .

فإن انضم إلى خيار التعيين خيار الشرط كان العقد غير لازم ، ولا يورث حق الخيار حينئذ ، ويحق للمشتري رد العقد بكامله^(١) .

انتهاء خيار التعيين :

ينتهي خيار التعيين إما صراحة أو دلالة أو حكماً ، كأن يقول : قبلت هذا الشيء دون غيره ، أو تصرف في أحد الأشياء تصرفاً يدل على أنه اختاره . أو هلك أحد الأشياء في يد المشتري بعد القبض ، فيتعين المالك مبيعاً ، وعليه ثمنه ، والآخر يكون أمانة في يده يجب رده إلى صاحبه^(٢) .

خيار الشرط

خيار الشرط^(٣) : هو أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما أو لغيرهما الحق في فسخ العقد أو إمضائه خلال مدة معلومة ، كأن يقول المشتري للبائع : اشتريت منك هذا الشيء على أني بالخيار مدة يوم أو ثلاثة أيام .

(١) البدائع : ٢٦١/٥ ، ٢٦٨ ، فتح القدير ، المكان السابق ، و ١٣٣ .

(٢) البدائع : ٢٦١ / ٥ وما بعدها ، فتح القدير : ١٣٢ / ٥ .

(٣) راجع أحكام خيار الشرط في المواد (٣٠٠ - ٣٠٩) من مجلة الأحكام العدلية .

وقد شرع للحاجة إليه لدفع الغبن عن العاقد في العقود .

ويثبت فقط في العقود اللازمة القابلة للفسخ بتراضي الطرفين ، ولو كان لزومها من جانب واحد ، وذلك كالبيع والإجارة ، والمزارعة والمساقاة ، والشركة ومنها المضاربة ، والقسمة ، والكفالة والحوالة ، والرهن إذا اشترطه الراهن للزوم العقد من جانبه ، ولا حاجة للمرتن لاشترطه ؛ لأن العقد بالنسبة إليه غير لازم .

أما العقود غير اللازمة كالوكالة والإعارة والإيداع والهبة والوصية فلا حاجة فيها لاشتراط الخيار ، لأنها بطبيعتها غير لازمة .

وأما العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ كالزواج والخلع والطلاق فلا يصح اشتراط الخيار فيها ، لأنه يتعذر فسخها .

كذلك لا يصح اشتراط الخيار في عقدي السلم والصرف ؛ لأن السلم يشترط لصحته قبض رأس مال السلم في مجلس العقد ، والصرف يشترط فيه قبض البدلين في المجلس . وخيار الشرط يقتضي تأخير القبض عن المجلس وإذا تأخر القبض عن المجلس فسد العقد ، فلا يصح اشتراط خيار فيها^(١) .

مدة الخيار : اتفق جمهور الفقهاء غير المالكية على أن مدة الخيار المشروط ينبغي أن تكون معلومة ، فإن لم تكن له مدة ، أو كانت المدة مجهولة ، أو كان الخيار مؤبداً لم يصح العقد ، وكان فاسداً عند الحنفية^(٢) ، وباطلاً عند الشافعية والحنابلة^(٣) .

وقال الإمام مالك : يجوز الخيار المطلق بدون تحديد مدة ، ويحدد الحاكم له مدة كمدة خيار مثله في العادة ؛ لأن اختيار المبيع في مثله مقدر في العادة ، فإذا أطلق

(١) الدر المختار ورد المختار لابن عابدين : ٥٠ / ٤ وما بعدها .

(٢) البدائع : ٥ / ١٧٤ ، رد المختار : ٤٩ / ٤ .

(٣) المهذب : ١ / ٢٥٩ ، المغني : ٣ / ٥٨٩ .

الخيار حمل على المعتاد . ويفسد العقد باشتراط مدة زائدة على المعتاد بكثير أي بعد يوم ، أو بشرط مدة مجهولة كإلى أن تمطر السماء^(١) .

ثم اختلف الفقهاء في مقدار مدة الخيار على ثلاثة أقوال :

١ - فقال أبو حنيفة وزفر والشافعي^(٢) : إنها لا تزيد على ثلاثة أيام ، عملاً بمقتضى الحديث الذي ثبتت به مشروعية هذا الخيار ، وهو حديث حَبَّان بن مُنْقِذ الذي كان يغبن في البيع والشراء ، فشكا أهله إلى رسول الله ﷺ ، فقال : « إذا بايعت فقل : لا خلافة^(٣) » ، ولي الخيار ثلاثة أيام « فهذا الخيار شرع استثناء لدفع الغبن عن الناس ، فيقتصر فيه على مورد النص ، والنص جعل المدة ثلاثة أيام ، فلا يزداد عليها ، ولأن الحاجة تتحقق بالثلاث غالباً .

فلو زاد عليها فسد العقد عند أبي حنيفة وزفر ، ويعود صحيحاً عند أبي حنيفة إذا ارتفع سبب الفساد بإجازة العقد في مدة الأيام الثلاثة ، وعند زفر : الفاسد من العقود لا يعود صحيحاً بحال . ويبطل العقد عند الشافعي .

٢ - وقال الصحابان والحنابلة^(٤) : تكون مدة الخيار بحسب اتفاق العاقدين ، ولو كانت أكثر من ثلاثة أيام ؛ لأن الخيار شرع للتروي والمشورة ، وقد لا تكفي الأيام الثلاثة . والتحديد المذكور في حديث حبان كان كافياً بالنسبة له بتقدير الرسول ﷺ . وما يكون كافياً لشخص قد لا يكفي لغيره ، فلا يكون هذا التحديد مانعاً من الزيادة على المدة المذكورة .

(١) بداية المجتهد : ٢ / ٢٠٨ ، الشرح الكبير : ٢ / ٩٥ .

(٢) المبسوط : ١٣ / ٤٠ وما بعدها ، البدائع : ٥ / ١٧٤ ، فتح القدير : ٥ / ١١٠ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢ / ٤٧ ، المجموع : ٩ / ٢٠١ .

(٣) أي لا خديعة ولا غبن أي لا يحل لك خديعتي ولا تلزمني خديعتك ، والحديث رواه الحاكم والبيهقي والبخاري ومسلم وأبو داود والنسائي ومالك في الموطأ عن ابن عمر (سبل السلام : ٢ / ٢٥ ، نيل الأوطار : ٥ / ١٨٢) .

(٤) المبسوط : ١٣ / ٤١ ، فتح القدير : ٥ / ١١١ ، البدائع : ٥ / ١٧٤ ، المغني : ٣ / ٥٨٥ ، غاية المنتهى : ٢ / ٣٠ .

٣- وقال المالكية^(١): يجوز الخيار بقدر ما تدعو إليه الحاجة، ويختلف ذلك باختلاف الأحوال، فالفاكهة لا يجوز الخيار فيها أكثر من يوم، والثياب والدواب: ثلاثة أيام، والأرض البعيدة: أكثر من ثلاثة أيام، والدار ونحوها: شهر؛ لأن المفهوم من الخيار هو اختبار المبيع، وإمكان الاختبار يختلف بحسب المبيعات، تحقيقاً لحاجة العقد.

وتبدأ مدة الخيار بعد العقد مباشرة.

أثر خيار الشرط:

لخيار الشرط أثران: أحدهما متفق عليه، والآخر مختلف فيه.

أما الأثر المتفق عليه: فهو جعل العقد غير لازم بالنسبة لمن له الخيار. فيجوز له الفسخ في مدة الخيار، وإمضاء العقد، وإذا مضت المدة بدون فسخ أو إمضاء سقط خياره ولزمه العقد.

ويصح الفسخ والإمضاء بالقول الدال عليه مثل: أجزت العقد أو أمضيته، أو رضيت به، أو فسخته، كما يصح بالفعل الدال عليه أو المتضمن له، كالتصرف في المبيع بالبيع أو الإجارة أو الرهن أو الإعارة، سواء من البائع إذا كان له الخيار، أو من المشتري صاحب الخيار.

ويشترط لصحة الفسخ شرطان^(٢):

١- أن يكون في مدة الخيار، لأن العقد يلزم بمضي مدة الخيار بلا فسخ من صاحب الخيار.

٢- علم الطرف الآخر بالفسخ إذا كان الفسخ قولياً عند أبي حنيفة ومحمد منعاً

(١) بداية المجتهد: ٢/ ٢٠٧، الشرح الكبير مع الدسوقي: ٢/ ٩١، ٩٥، القوانين الفقهية: ص ٢٧٢.

(٢) البدائع: ٥/ ٢٧٢، تبين الحقائق: ٤/ ١٨.

من إلحاق الضرر به ، فإنه إذا كان بائعاً قد يسكت عن البحث عن مشتراً آخر ، اعتماداً على أن المشتري لم يفسخ العقد ، وفي هذا ضرر به ، وإذا كان مشترياً فقد يتصرف في المبيع ظناً منه أن البائع لم يفسخ العقد ، فيلحقه الضمان ، وفي هذا ضرر به ، وبالعلم بالفسخ يمتنع لحوق هذا الضرر .

أما الفسخ الفعلي فلا يشترط فيه علم الطرف الآخر به لأنه أمر حكمي ، ولا يشترط العلم في الفسخ الحكمي كعزل الوكيل والشريك والمضارب بارتداده ولحاقه بدار الحرب ، أو جنونه جنوناً مطبقاً .

ولا يشترط علم الطرف الآخر بإجازة العقد .

وقال أبو يوسف والحنبلة^(١) : لا يشترط علم الطرف الآخر بالفسخ أيضاً ؛ لأن القبول بالخيار يدل على تسليط صاحب الخيار على الفسخ ، سواء علم الآخر أم لم يعلم .

وأما الأثر المختلف فيه : فهو عدم ترتب أثر العقد عليه .

وهذا عند الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) فالخيار عند هؤلاء مانع من ترتب آثار العقد ، فلا تنتقل الملكية عند أبي حنيفة في كلا البدلين إذا كان الخيار للعاقدين أثناء مدة الخيار ، أي أنه لا يزول المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري ، كما لا يزول الثمن عن ملك المشتري ولا يدخل في ملك البائع ؛ لأن الخيار موجود في جانبي البائع والمشتري .

وإذا كان الخيار للبائع وحده لا تنتقل ملكية المبيع عنه ، ويخرج الثمن عن ملك المشتري ؛ لأن العقد لازم في حقه ، ولكن لا يدخل في ملك البائع ، حتى لا يجتمع

(١) المرجعان السابقان ، غاية المنتهى : ٣١ / ٢ .

(٢) البدائع : ٥ / ٢٦٤ وما بعدها ، فتح القدير : ٥ / ١١٥ وما بعدها ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ٤ / ٥١ .

(٣) الشرح الكبير مع الدسوقي : ٣ / ١٠٣ ، القوانين الفقهية : ص ٢٧٣ .

البدلان (المبيع والثن) في يد واحدة ، لمنافاته لمبدأ التعادل بين العاقدين .

وقال صاحبان : يدخل الثن في ملك البائع ؛ لأن الشيء لا يصح أن يكون بلا مالك .

وإذا كان الخيار للمشتري وحده فلا يخرج الثن عن ملكه ، وأما المبيع فيخرج عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري عند أبي حنيفة ، ويدخل في ملكه عند صاحبين .

وقرر المالكية : أن ملك المبيع للبائع زمن الخيار ، حتى ينقضي الخيار .

ووجهة هذا الفريق : أن من شرط الخيار لنفسه لم يتم رضاه بالعقد ، والآثار لا توجد إلا مع الرضا التام .

وقال الشافعية والحنابلة في أظهر الرأيين عندهم^(١) : تترتب آثار العقد عليه في فترة الخيار ، وتنتقل ملكية البدلين للطرفين المتعاقدين ، سواء أكان الخيار للعاقدين أم لأحدهما ؛ لأن العقد صحيح نافذ ، فتترتب أحكامه (آثاره) عليه . وأثر الخيار محصور في منع اللزوم فقط .

وتظهر ثمره الخلاف بين الفريقين في مؤونة (نفقة) المعقود عليه والزيادة فيه ، فعلى رأي الحنفية والمالكية : تكون المؤونة في مدة الخيار على البائع والزيادة له . وعلى رأي الآخرين : تكون المؤونة على المشتري والزيادة له .

انتهاء خيار الشرط :

العقد المشتمل على الخيار غير لازم ، وباتتهاء الخيار إما أن يزول العقد ، أو يصبح لازماً . وينتهي الخيار بأحد الأمور التالية^(٢) :

(١) مغني المحتاج : ٤٨ / ٢ ، المهذب : ٢٥٩ / ١ ، المغني : ٥٧١ / ٢ ، غاية المنتهى : ٢٢ / ٢ ، القواعد لابن رجب : ص ٣٧ .

(٢) البدائع : ٢٦٧ - ٢٧٢ ، المبسوط : ٤٢ / ١٣ - ٤٤ ، فتح القدير : ١١٧ - ١٢٥ ، الدر المختار : ٥٢ / ٤ ، ٥٧ .

١ - إمضاء العقد أو فسخه في مدة الخيار ، سواء أكان ذلك بالقول أم بالفعل كما بينا .

٢ - مضي مدة الخيار دون إجازة (إمضاء) أو فسخ .

٣ - هلاك المعقود عليه أو تعييبه في يد صاحب الخيار، فإن كان الخيار للبائع مثلاً بطل البيع وسقط الخيار، وإن كان الخيار للمشتري لا يبطل البيع، ولكن يسقط الخيار، ويلزم البيع، ويجب على المشتري دفع الثمن، سواء أكان الهلاك أو التعيب بفعل المشتري أو بفعل البائع، أو بأفة سماوية .

٤ - زيادة المعقود عليه في يد المشتري إذا كان الخيار له: زيادة متصلة متولدة منه كسمن الحيوان، أم غير متولدة منه كالبناء على الأرض وصباغة الثوب . أو زيادة منفصلة متولدة منه كولد الحيوان وثمره البستان . أما الزيادة المنفصلة غير المتولدة منه كالأجرة فلا تبطل الخيار ولا تمنع الرد .

٥ - موت المشروط له الخيار عند الحنفية والحنابلة^(١): لأن خيار الشرط كخيار الرؤية لا يورث عندهم لأنه حق شخصي خاص بصاحبه، ولا يتصور انتقال ذلك من شخص إلى آخر .

وقال المالكية والشافعية^(٢): لا يسقط الخيار بالموت، بل ينتقل إلى الورثة؛ لأنه حق متعلق بالمال وهو المعقود عليه، وليس من الحقوق الشخصية، والحقوق المالية يجري فيها الإرث، لقوله عليه السلام: «من ترك مالاً أو حقاً فلورثته»^(٣).

(١) المغني: ٢ / ٥٧٩، غاية المنتهى: ٢ / ٢٣ .

(٢) بداية المجتهد: ٢ / ٢٠٩، القوانين الفقهية: ص ٢٧٣، المهذب: ١ / ٢٥٩، مغني المحتاج: ٢ / ٤٥ .

(٣) رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه عن المقدم بن معد يكرب بلفظ: «من ترك مالاً فلورثته...» (نيل

الأوطار: ٦٢ / ٦).

خيار العيب

خيار العيب^(١) : هو أن يكون لأحد العاقدين الحق في فسخ العقد أو إمضائه إذا وجد عيب في أحد البديلين ، ولم يكن صاحبه عالماً به وقت العقد .

فسبب هذا الخيار : هو ظهور عيب في المعقود عليه أو في بدله ينقص قيمته أو يخل بالعرض المقصود منه ، ولم يكن صاحبه مطلعاً على العيب عند التعاقد ، فسمي خيار العيب .

وثبت هذا الخيار مشروط دلالة أو ضمناً ؛ لأن سلامة المعقود عليه أو بدله مطلوبة للعقد ، وإن لم يشترطها صراحة . فإذا لم تتوافر السلامة اختل رضا العاقد بالعقد ، والرضا أساس العقود ، فشرع له الخيار لتدارك الخلل الحادث .

وإذا لم تتوافر السلامة لم يتحقق أيضاً مبدأ التعادل في التبادل الذي تقوم عليه عقود المعاوضات ، فشرع هذا الخيار حفاظاً على مبدأ المساواة هذا .

وقد أثبت الشرع هذا الخيار لمن فوجئ بالعيب بأحاديث نبوية متعددة منها : « المسلم أخو المسلم ، لا يجل لمسلم باع من أخيه بيعاً ، وفيه عيب ، إلا بيّنه له »^(٢) ، ومروى النبي ﷺ برجل يبيع طعاماً ، فأدخل يده فيه فإذا هو مبلول ، فقال : « من غشنا فليس منا » .

ويثبت خيار العيب وخيار الرؤية في العقود اللازمة التي تختمل الفسخ ، كعقد البيع ، والإيجار ، وقسمة الأعيان والصلح على عوض عيني .

العيب الموجب للخيار : وهو عند الحنفية والحنبلة^(٣) : كل ما يخلو عنه أصل

(١) راجع أحكام خيار العيب في المواد (٣٣٦ - ٣٥٥) من المجلة .

(٢) رواه ابن ماجه عن عقبه بن عامر (نيل الأوطار : ٢١١/٥) .

(٣) فتح القدير مع العناية : ١٥١/٥ ، ١٥٣ ، البدائع : ٢٧٤/٥ ، الدر المختار وحاشيته : ٧٤/٤ ، المغني : ١٥٢/٤ ،

غاية المنتهى : ٣٥/٢ .

الفطرة السليمة ويوجب نقصان القيمة في عرف التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً كالعمى والعمور، وهذا التعريف ذو معيار مادي . وعند الشافعية^(١) ذو معيار شخصي ، وهو: كل ما ينقص القيمة أو يفوت به غرض صحيح ، كجراح الدابة ، أو قطع شيء من أذن الشاة المشتراة للأضحية ، أو ضيق الحذاء المشتري .

شروط ثبوت خيار العيب : يشترط لثبوت خيار العيب بعد الاطلاع على العيب شروط هي^(٢) :

- ١- وجود العيب قبل العقد ، أو بعده قبل التسليم أي أن يكون قديماً . فلو حدث العيب بعد التسليم ، أو عند المشتري لا يثبت الخيار .
- ٢- جهل المشتري بوجود العيب عند العقد والقبض . فإن كان عالماً به عند أحدهما فلا خيار له ، لأنه يكون راضياً به دلالة .
- ٣- عدم اشتراط المالك البراءة عن العيوب في محل العقد ، فلو شرط ذلك فلا خيار للمشتري ، لأنه إذا أبرأه فقد أسقط حق نفسه .
- ٤- ألا يزول العيب قبل الفسخ .

هذا ويلاحظ أن الحنفية صححوا البيع بشرط البراءة من كل عيب ، وإن لم تعين العيوب بتعداد أسمائها ، سواء أكان المشتري جاهلاً بوجود العيب في المبيع أم عالماً بعيب المبيع . وسواء أكان العيب موجوداً قبل البيع أم حادثاً بعده قبل القبض . وهذا في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف .

وقال محمد ومالك والشافعي وهو المعمول به في قانوننا المدني : يشمل شرط البراءة : العيب الموجود عند العقد فقط ، لا الحادث بعد العقد وقبل القبض ؛ لأن البراءة تتناول الشيء الثابت الموجود .

(١) مغني المحتاج : ٥١/٢ -

(٢) البدائع : ٢٧٥/٥ وما بعدها ، فتح القدير : ١٥٣/٥ .

كذلك لا تصح البراءة عند المالكية والشافعية وفي رواية عند الحنابلة^(١) إلا عن عيب لا يعلم به البائع ، أما ما يعلم به فلا تصح البراءة عنه .

وقت خيار العيب : يثبت خيار العيب متى ظهر العيب ولو بعد العقد بزمان طويل . أما فسخ العقد بعد العلم بالعيب فوراً أو على التراخي ففيه رأيان للفقهاء :

قال الحنفية والحنابلة^(٢) : خيار الرد بالعيب على التراخي ، ولا يشترط أن يكون رد المبيع بعد العلم بالعيب على الفور . فمتى علم العيب فأخّر الرد ، لم يبطل خياره حتى يوجد منه ما يدل على الرضا ؛ لأن هذا الخيار شرع لدفع الضرر ، فلا يبطل بالتأخير ؛ ولأن الحقوق إذا ثبتت لا تسقط إلا بإسقاطها أو بانتهاء الوقت المحدد لها ، وليس لهذا الحق وقت محدد .

وقال المالكية والشافعية^(٣) : يجب الفسخ على الفور بعد العلم بالعيب . والمراد بالفور : ما لا يعد تراخياً في العادة ، فلو اشتغل بصلاة أو أكل ونحوه لا يعد متراخياً . والسبب في اشتراط الفور : هو ألا يلحق العاقد الآخر ضرر من التأخير ، فإذا تأخر في رد المعقول عليه بدون عذر سقط حقه ولزم العقد .

حكم العقد المشتتل على خيار عيب :

حكم العقد أو أثره حال وجود شيء معيب : هو ثبوت الملك للمتلئ في محل العقد للحال ؛ لأنه إذا لم تتوافر سلامة المعقود عليه تأثر العقد في لزومه ، لا في أصل

(١) الشرح الكبير مع الدسوقي : ١٢٣/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٢٦٥ ، مغني المحتاج : ٥٣/٢ ، المغني : ١٧٨/٤ ، غاية المنتهى : ٢٧/٢ .

(٢) الدر المختار : ٩٣/٤ ، المغني : ١٤٤/٤ ، غاية المنتهى : ٤١/٢ .

(٣) مغني المحتاج : ٥٦/٢ ، المهذب : ٢٧٤/١ ، الشرح الكبير مع الدسوقي : ١٢٠/٢ .

حكاه . بخلاف خيار الشرط ؛ لأن الشرط المنصوص عليه ورد على أصل الحكم ، فنعم انعقاده بالنسبة للحكم أو الأثر في مدة الخيار^(١) .

وأثر خيار العيب هو جعل العقد غير لازم بالنسبة لمن ثبت له الخيار^(٢) ، فله إما الرضا بالمعقود عليه كما هو ، وحينئذ يسقط الخيار ويلزم العقد ، وإما رده إلى مالكه الأول ، وحينئذ يبطل العقد .

وهل له الاحتفاظ بالمعقود عليه والمطالبة بفرق النقصان بسبب العيب ؟

قرر الحنفية^(٣) : أنه ليس للمتملك الرجوع بنقصان العيب أو الخط من ثمن المبيع ما دام الرد ممكناً ؛ لأن المالك لا يلزم بدفع قيمة النقصان إلا برضاه دفعاً للضرر عنه .

فإن تعذر الرد كان لصاحب الخيار الرجوع بالنقصان بشرط أن يكون امتناع الرد بسبب ليس لصاحب الخيار دخل فيه ، كهلاك محل العقد ، أو تعييبه بعيب جديد ، أو تغيير صورته بحيث أصبح له اسم جديد ، أو زيادته زيادة منفصلة متولدة منه ، كالولد والثمرة ، وذلك دفعاً للضرر بقدر الإمكان .

ويجوز الخط من قيمة المبيع لقاء العيب بتراضي الطرفين .

وطريقة معرفة النقصان : أن يقوم المعقود عليه سليماً من العيب ، ثم يقوم على أنه معيب ، ويكون الفرق بين القيمتين هو النقصان ، فيرجع به . فإذا كانت قيمته سليماً ألفين ، وقيمه معيباً ألفاً ، رجع بنصف الثمن الذي تم به الشراء .

أما إذا كان امتناع الرد بسبب من جهة المشتري كأن باع الشيء أو وهبه أو وقفه لم يكن له الرجوع بالنقصان .

(١) البدائع : ٢٧٣/٥ .

(٢) البدائع : ٢٧٤/٥ .

(٣) فتح القدير : ١٥٩/٥ ، ١٦٤ وما بعدها ، الدر المختار : ٩٤/٤ ، اللباب شرح الكتاب : ٢١/٢ ، تبين الحقائق :

٢٤/٤ وما بعدها ، البدائع : ٢٨٩/٢ .

وكذلك إن رضي بالعيب صراحة أو دلالة ليس له الرجوع بالنقصان ؛ لأن الرضا بالعيب كما يمنع الفسخ يمنع الرجوع بنقصان العيب ، إذ به يتبين أن السلامة من العيب لم تكن مطلوبة .

كيفية فسخ العقد ورد المعقود عليه :

إذا كان المعقود عليه ما يزال في يد صاحبه أي قبل قبضه من الآخر ، فينفسخ العقد بقول العاقد الآخر : « رددت » ، ولا يحتاج إلى قضاء القاضي ، ولا إلى التراضي ، باتفاق الحنفية والشافعية .

وأما إن قبضه المملك فلا يفسخ إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي عند الحنفية^(١) لرفع النزاع الذي قد يقع بين العاقدين بسبب احتمال كون العيب جديداً عند القابض ، فلا يوجب الرد ، أو كونه قديماً عند المالك الأصلي ، فيوجب الرد .

وقال الشافعية والحنابلة^(٢) : يفسخ العقد بقول المملك : « رددت » بغير حاجة إلى التراضي أو قضاء القاضي ، كالفسخ بخيار الشرط أو خيار الرؤية ؛ لأن خيار العيب يجعل العقد غير لازم بالنسبة لصاحب الخيار ، وغير اللازم يجوز فسخه بغير حاجة إلى رضا العاقد الآخر ، ولا إلى قضاء القاضي .

موانع الرد بالعيب وسقوط الخيار :

يمنع الرد بالعيب ويسقط الخيار بعد ثبوته ويلزم العقد بأسباب هي ما يأتي^(٣) :

١ - الرضا بالعيب بعد العلم به : إما صراحة كقوله : رضيت بالعيب ، أو أجزت

(١) البدائع : ٢٨١/٥ .

(٢) مغني المحتاج : ٥٧/٢ ، المهذب : ٢٨٤/١ ، غاية المنتهى : ٤١/٢ .

(٣) البدائع : ٢٨٢/٥ - ٢٨٤ ، الدر المختار وحاشيته : ٨٢/٤ ، ٨٥ - ٨٩ ، ٩٤ ، ٩٩ ، ١٠١ ، ١٠٣ ، مجمع الضمانات : ص ٢١٩ وما بعدها ، فتح القدير : ١٦٤/٥ .

العقد، أو دلالة كالتصرف في المعقود عليه تصرفاً يدل على الرضا بالعيب، كبيعه أو هبته أو رهنه أو إيجاره، أو استعماله بأي وجه كلبس وركوب، أو مداواته، أو صباغته وتفصيله شيئاً آخر، أو البناء على الأرض، أو طحن الخنطة أو شي اللحم، أو وصول عوض العيب إليه، ونحو ذلك؛ لأن الرضا بالعيب بعد العلم به دليل على أن سلامة المعقود عليه ليست مقصودة له، فلا يكون هناك معنى لإثبات الخيار له.

٢- إسقاط الخيار: صراحة كقوله: أسقطت خيارى، أو دلالة كأن أبرأه من العيب الذي ظهر في المعقود عليه؛ لأن خيار العيب حقه فله أن يتنازل عنه.

٣- هلاك المعقود عليه، أو تعيبه بعيب جديد في يد صاحب الخيار، أو تغيره تغيراً تاماً، كطحن الخنطة، وخبز الدقيق، ونحوه.

٤- زيادة المعقود عليه في يد صاحب الخيار زيادة متصلة غير متولدة من الأصل كالبناء أو الغرس على الأرض، وصبغ الثوب، أو زيادة منفصلة متولدة من الأصل كالولد والثرثرة.

أما الزيادة المتصلة المتولدة من الأصل كالسمن والكبر، والزيادة المنفصلة غير المتولدة كالغلة والكسب، فلا تمنع الرد بالعيب.

وامتناع الرد في الصورة الأولى سببه تعذر فصل الزيادة، ولا يرد معها لأنها حق صانعها.

وامتناع الرد في الصورة الثانية، سببه أن المملك لو ردّ الأصل دونها، تبقى له دون مقابل، وهو ممنوع شرعاً، لأنه ربا.

إرث خيار العيب:

اتفق الفقهاء على أنه يورث خيار العيب وخيار التعيين، لتعلق الحق بذات المعقود عليه، فلو مات صاحب الخيار لم يسقط الخيار، وينتقل الحق لورثته؛ لأن

المورث استحق المعقود عليه سلباً من العيب ، ولزمه أحد الأشياء في خيار التعيين ، فلا يجبر الوارث على أخذه معيباً ، وإنما يثبت له ما ثبت لمورثه . وفي خيار التعيين يلزم الوارث بما لزم المورث .

وأما خيار الشرط وخيار الرؤية فلا يورثان عند الحنفية^(١) خلافاً للمالكية والشافعية ؛ لأن الخيار متعلق بإرادة العاقد ومشئته ، فهو من الحقوق الشخصية التي لا تقبل الانتقال من شخص لآخر بالوراثة^(٢) .

ومنشأ الخلاف بين الحنفية والجمهور في إرث الخيار راجع إلى اختلافهم في إرث الحقوق .

قال الحنفية : الأصل أن يورث المال دون الحقوق ، إلا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال .

وقال الجمهور : الأصل أن تورث الحقوق والأموال ، إلا إذا قام دليل على وجود اختلاف بين الحق والمال بالنسبة للإرث ، لقوله ﷺ : « من ترك حقاً أو مالاً فلورثته » .

خيار الرؤية

خيار الرؤية^(٣) : هو أن يكون للمشتري الحق في إمضاء العقد أو فسخه عند رؤية المعقود عليه ، إذا لم يكن رآه عند إنشاء العقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه عادة .

فسبب هذا الخيار : عدم رؤية محل العقد حين التعاقد أو قبله ، فإذا كان قد رآه سقط خياره .

(١) ويوافقهم الخابلة في عدم إرث خيار الشرط كما بينا .

(٢) البدائع : ٢٦٨/٥ ، بداية المجتهد : ٢٠٩/٢ ، المجموع للنووي : ١٩٦/٩ ، حاشية الباجوري : ١٦٠/١ ، غاية المنتهى : ٣٠/٢ ، ٣٢ ، المغني : ٥٧٩/٣ .

(٣) راجع أحكام خيار الرؤية في المجلة في المواد (٣٢٠ - ٣٣٤) .

وقد ثبت هذا الخيار عند القائلين به بحكم الشرع من غير حاجة لاشتراطه في العقد، بخلاف خيار الشرط والتعيين، فإنها مشروطان في العقد.

ويثبت كخيار العيب في العقود اللازمة التي تحتل الفسخ كبيع الشيء المعين بالذات، والإجارة، وقسمة الأموال القمية كالأراضي والدواب، والصلح على عين بعوض معين. أما بيع الشيء المعين بالوصف كما في عقد السلم (بيع أجل بعاجل) فلا يثبت فيه خيار الرؤية.

مشروعيته :

أجاز جمهور الفقهاء (الحنفية والمالكية والحنابلة والظاهرية)^(١) خيار الرؤية في بيع العين الغائبة أو غير المرئية ، بدليل ما يروى حديثاً : « من اشترى شيئاً لم يره ، فهو بالخيار إذا رآه »^(٢) ويؤيده أن عثمان بن عفان باع أرضاً له بالبصرة لطلحة بن عبد الله رضي الله عنهما ، ولم يكونا رأياها ، فقيل لعثمان : غبنت ، فقال : « لي الخيار ؛ لأنني بعت ما لم أره . » وقيل لطلحة : إنك قد غبنت ، فقال : « لي الخيار ، لأنني اشتريت ما لم أره »^(٣) فحكما في ذلك جبير بن مطعم ، فقضى بالخيار لطلحة .

وكان ذلك بحضور من الصحابة رضي الله عنهم ، ولم ينكر عليه أحد ، فكان إقراراً منهم على شرعية هذا الخيار .

واحتجوا أيضاً بأن الشخص قد يحتاج إلى شراء شيء غائب عنه ، فيجعل له

(١) المسوط: ٦٩/١٣ وما بعدها، فتح القدير مع العناية: ١٣٧/٥ - ١٤٠، البدائع: ٢٩٢/٥، رد المحتار: ٦٨/٤، بداية

المجتهد: ١٥٤/٢، الشرح الكبير مع الدسوقي: ٢٥٣ وما بعدها. المغني: ٥٨٠/٣ وما بعدها. المحلى: ٣٩٤/٨.

(٢) روي مسنداً ومرسلاً، فالمسند رواه الدارقطني عن أبي هريرة، والمرسل رواه ابن أبي شيبة والدارقطني والبيهقي عن مكحول، وهو ضعيف (نصب الرأية: ٩/٤).

(٣) أخرجه الطحاوي والبيهقي عن علقمة بن أبي وقاص (نصب الرأية: ٩/٤).

الخيار عند رؤيته دفعا للضرر عنه حينما يجد المعقود عليه غير موافق لغرضه أو لمقصوده ، وتحقيقاً لرضاه المطلوب في العقود .

وأما ما قد يكون من جهالة في المعقود عليه فلا تؤثر في صحة العقد ، لأنها لا تفضي إلى النزاع بسبب إعطاء الخيار لمن لم ير محل العقد .

وقال الشافعي في المذهب الجديد^(١) : لا ينقذ بيع الغائب أصلاً ، سواء أكان بالصفة ، أم بغير الصفة ، ولا يثبت خيار الرؤية ؛ لأن في العقد غرراً وجهالة قد تفضي إلى النزاع بين العاقدين ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر^(٢) . وأما حديث « من اشترى ما لم يره » فهو حديث ضعيف أو باطل .

من يثبت له خيار الرؤية :

يثبت خيار الرؤية عند الحنفية والمالكية للمتملك ، كالمشتري في البيع ، والمستأجر في الإيجار ، أما المملك فلا يثبت له هذا الخيار ، وهو البائع والمؤجر ، عملاً بما قضى به جبير بن مطعم بين عثمان وطلحة ، ولأن المملك يعرف ما يملكه عادة ، فلا ضرورة لثبوت الخيار له . فإذا باع ما لم يره ، وهو أمر نادر ، كان مقصراً في حق نفسه ، فلا يستحق المطالبة بفسخ العقد . أما المتملك فلم يتمكن من رؤية محل العقد ، ولا سبيل إليه ، فكان من المصلحة منحه الخيار .

وأثبت الحنابلة والظاهرية خيار الرؤية للمملك كالبائع إذا باع ما لم يره .

وقت ثبوت الخيار :

يثبت الخيار للمشتري عند رؤية المعقود عليه ، لاقبلها ، فلو أجاز العقد قبل

(١) معني المحتاج : ١٨٢ وما بعدها ، المذهب : ٢٦٢/١ .

(٢) روى الجماعة إلا البخاري عن أبي هريرة « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصة وعن بيع الغرر » (نيل الأوطار :

. (١٤٧/٥) .

الرؤية، لا يلزم العقد، ولا يسقط الخيار، وله أن يرد المعقود عليه؛ لأن النبي ﷺ أثبت الخيار للمشتري بعد الرؤية.

أما لو فسخ العقد قبل الرؤية صح الفسخ، لا من أجل الخيار، وإنما لأن العقد غير لازم، وغير اللازم يجوز فسخه كالعقد الذي فيه خيار العيب، وعقد الإعارة والإيداع^(١).

شروط ثبوت الخيار: يشترط لثبوت الخيار شروط، وإلا كان العقد لازماً وهي^(٢):

١ - عدم رؤية محل العقد عند إنشاء العقد أو قبله بزمن لا يتغير فيه، فإن كان قد رآه قبل العقد لا يثبت له الخيار.

٢ - أن يكون محل العقد عيناً معينة أو مشخصة من الأعيان كالأرض والدار والدابة والسيارة، إذا وصفت بما ينفي عنها الجهالة المفضية إلى النزاع؛ لأن للناس أغراضاً خاصة في الأعيان، فيثبت الخيار لينظر المملك هل يصلح له أم لا؟ ويظل له الخيار ولو وافق الوصف عند الحنفية.

أما المعين بالوصف لا بالذات بأن كان ديناً موصوفاً في الذمة كالمسلم فيه (المبيع المؤجل لموسم الحصاد) فلا يثبت فيه خيار الرؤية؛ لأن المعقود عليه الموصوف إن وجد بأوصافه المتفق عليها لزم العقد، وإن تخلف وصف منها لم يتحقق لعدم وجود محله.

٣ - أن يكون العقد مما يقبل الفسخ كما بينا كالبيع والإجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال ونحوها؛ لأن هذه العقود تنفسخ برد هذه الأشياء، فيثبت فيها خيار الرؤية.

(١) البدائع: ٢٩٥/٥.

(٢) البدائع: ٢٩٢/٥ وما بعدها، ٢٩٨، البسوط: ٧٢/١٣، ٧٧، فتح القدير: ٢٩٨/٥، الدر المختار: ٧٠/٤.

أما ما لا يقبل الفسخ كالزواج والخلع والصلح عن دم العمد ونحوها ، فلا يثبت فيها خيار الرؤية بسبب عدم رؤية المهر أو بدل الخلع أو عوض الصلح إذا كان شيئاً معيناً كدار وأرض معينة .

كيفية الرؤية :

الرؤية قد تكون لجميع العقود عليه ، أو لبعضه (رؤية الأئمة) ، والضابط فيه : أنه يكفي رؤية ما يدل على المقصود ، ويفيد المعرفة به^(١) . وذلك بأي حاسة من الحواس حسب طبيعة محل العقد ، فإن كان من المطعومات يكون العلم به بالذوق ، وإن كان من المشومات كالروائح كانت معرفته بالشم ، وإن كان من الملموسات كالأقمشة كان العلم به باللمس . وإن كان من المرئيات كالصور والأراضي والحبوب كان العلم به بواسطة النظر بالنسبة للبصير .

أما الأعمى فهو كالبصير في غير المرئيات ، وأما في المرئيات فيكتفى منه بوصف الشيء وصفاً كافياً . ويجوز عند الحنفية للبصير والأعمى التوكيل بالنظر والرؤية^(٢) .

وبناء عليه لا يكفي رؤية بعض حجات الدار ، بل لابد من رؤية بيوتها كلها ، ورؤية كل الأرض والبستان ونحوها . ولا يكفي رؤية شاة من قطع ، بل لابد من رؤية القطيع كله .

وإذا كان الشيء يباع عددياً كالجوز والفجل والثياب فلا تكفي رؤية البعض ، بل لابد من رؤية الكل .

وإذا كان الشيء من المثليات التي تباع كيلاً أو وزناً كالحبوب والأقطان أو كان مغيباً في الأرض كالثوم والبصل ، فيكتفى برؤية بعض الأجزاء أو الوحدات ، وهو المسمى بالبيع بالنموذج .

(١) البدائع : ٢٩٢/٥ ، الدر المختار وحاشيته : ٦٨/٤ .

(٢) البدائع : ٢٩٥/٥ ، فتح القدير : ١٤٥/٥ .

أثر خيار الرؤية :

يكون العقد الوارد على العين الغائبة أو غير المرئية غير لازم لمن ثبت له الخيار، فيخبر بين الفسخ والإجازة عند رؤية المعقود عليه ؛ لأن عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة ، ولأن جهالة وصف المعقود عليه تؤثر في رضا المملك فيثبت له الخيار، سواء أكان المعقود عليه موافقاً للوصف المتفق عليه أم مخالفاً له ، وهذا مذهب الحنفية^(١) .

وقال الحنابلة والمالكية والشيعة الإمامية^(٢) : العقد لازم للمملك إذا وجد المعقود عليه مطابقاً للوصف المتفق عليه ، فإن كان مخالفاً لما وصف ، ثبت له الخيار .

وأما حكم العقد أو أثر الخيار : فلا يمنع نقل الملكية في البدلين ، أي لا أثر لخيار الرؤية على العقد ، فتنتقل ملكية المعقود عليه للمملك ، وملكية العوض للمالك فور تمام العقد بالإيجاب والقبول . وبهذا يختلف خيار الرؤية عن خيار الشرط عند الحنفية والمالكية ، كما بينا . وسبب التفرقة بينهما أن العقد في خيار الرؤية صدر مطلقاً غير مقيد بشرط ، وكان المفهوم أن يكون لازماً ، لكنه ثبت من جهة الشرع . أما خيار الشرط فقد ثبت باشتراط العاقدين ، فكان له أثره في العقد يمنع استقرار حكمه في الحال .

كيفية فسخ العقد :

لا يتوقف الفسخ بخيار الرؤية على التراخي أو قضاء القاضي ، ويكون بالقول وبالفعل صراحة أو دلالة ، مثل فسخت العقد أو رددته ، أو أن يتصرف بالمعقود عليه بالبيع أو الهبة ونحوهما ، أو أن يهلك المعقود عليه قبل القبض^(٣) .

(١) البدائع : ٢٩٢ / ٥ ، فتح القدير : ١٣٧ / ٥ .

(٢) المغني : ٥٨٢ / ٣ ، القوانين الفقهية : ص ٢٥٦ ، المختصر النافع : ص ١٤٦ .

(٣) البدائع : ٢٩٨ / ٥ .

ويشترط للفسخ شروط هي ^(١) :

- ١- أن يكون الخيار موجوداً، فإن سقط لزم العقد .
- ٢- ألا يترتب على الفسخ تفريق الصفقة على المالك، برد بعض المعقود عليه وإجازة العقد في البعض الآخر؛ لأن في التفريق ضرراً به .
- ٣- أن يعلم المالك بالفسخ ليكون على بينة من أمره وأمر سلعته ليتصرف فيها كما يريد . وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وأما أبو يوسف فلا يشترط ذلك، كما بينا في خيار الشرط .

مدة خيار الرؤية :

الأصح عند الحنفية ^(٢) : أن خيار الرؤية يثبت مطلقاً في جميع العمر إلى أن يوجد ما يسقطه، أي أنه لا يتوقت بوقت، بل متى ثبت فإنه يستمر إلى أن يحدث ما يسقطه؛ لأنه حق من الحقوق، والحقوق لا تسقط إلا بإسقاطها، أو بانتهاء الأمد المحدد لها، ولأن سببه اختلال الرضا، والحكم يبقى ما بقي سببه .

وقال الحنابلة ^(٣) : يكون خيار الرؤية على الفور .

ما يسقط به خيار الرؤية :

يسقط خيار الرؤية في الأصل بما يسقط به خيار الشرط وخيار العيب وهو ما يأتي ^(٤) :

- ١- ما يدل على الرضا بالعقد صراحة أو دلالة : فالصريح أن يقول : أجزت

(١) البدائع : ٢٩٨ / ٥ .

(٢) فتح القدير : ١٤١ / ٥ ، البدائع : ٢٩٥ / ٥ ، الدر المختار ورد المختار : ٦٧ / ٤ .

(٣) المغني : ٥٨١ / ٣ .

(٤) البدائع : ٢٩٥ - ٢٩٧ ، فتح القدير : ١٤١ / ٥ ، ١٤٩ .

العقد أو أمضيته أو رضيت به ونحو ذلك . والدلالة على الرضا : أن يتصرف في المعقود عليه بعد الرؤية لاقبلها تصرفاً يدل على الإجازة والرضا بالعقد كقبض الشيء ، والانتفاع به ، وبيعه أو إجارته ، أو رهنه أو هبته .

والسبب في اشتراط كون التصرف قبل الرؤية : هو أن الخيار حق أثبتته الشارع بعد الرؤية ، والحقوق لا تسقط قبل ثبوتها .

واستثناء من هذا المبدأ قالوا بسقوط الخيار ولو قبل الرؤية في البيع والإجارة والوقف ، والرهن والهبة مع التسليم ، ونحوها من التصرفات الباتة التي يترتب عليها حق للغير .

٢- هلاك محل العقد ، أو تعييبه بعيب يمنع الرد ، سواء أكان بفعل العاقد أم بفعل شخص أجنبي عن العقد ، أم بأفة سماوية .

٣- زيادة المعقود عليه بعد القبض زيادة تمنع الرد ، وهي الزيادة المتصلة غير المتولدة من الأصل كالبناء وصبغ الشيء ، والزيادة المنفصلة المتولدة منه كالولد واللبن والصوف .

أما الزيادة المتصلة المتولدة منه كالسمن والكبر ، والزيادة المنفصلة غير المتولدة منه كالغلة ، فإنها لا تمنع الرد .

٤- موت صاحب الخيار ، سواء قبل الرؤية أم بعدها . فلا يورث خيار الرؤية عند الحنفية والحنبلة^(١) كخيار الشرط ؛ لأن الخيار مجرد رغبة ومشئئة أو حق شخصي .

وقال مالك^(٢) : يورث خيار الرؤية كما يورث خيار التعيين والعيب ؛ لأن

(١) تبين الحقائق : ٣٠ / ٤ ، غاية المنتهى : ٣٣ / ٢ .

(٢) الشرح الصغير : ١٤٥ / ٣ .

الإرث يثبت في الحقوق والأموال المملوكة على السواء .

وهذا أقرب إلى المنطق ؛ لأن الوارث يخلف المورث في كل ماترك من مال وحقوق ومنها حق الخيار^(١) .

خيار النقد

خيار النقد^(٢) : هو أن يتبايع اثنان على أنه إذا لم ينقد المشتري الثمن في مدة معينة ، فلا بيع بينهما ، فإذا نقد المشتري الثمن في المدة المحددة تم البيع ، وإذا لم ينقده فيها كان البيع فاسداً .

ويصح أن يكون خيار النقد للبائع أيضاً ، كما لو تباع اثنان وقبض البائع الثمن ، وقال : إذا رددت الثمن في مدة ثلاثة أيام ، فلا بيع بيننا ، فإن رده فسد البيع ، وإن لم يرده تم العقد .

وقد أجاز أبو حنيفة وصاحبه خلافاً لزفر هذا الخيار استحساناً لحاجة الناس إليه ، ولأنه في الحقيقة نوع من خيار الشرط . ويؤيده أن ابن عمر أجازوه^(٣) .

مدته : قال أبو حنيفة : أقصى مدة هذا الخيار ثلاثة أيام . وقال صاحبان : يجوز إلى أربعة أيام فأكثر .

ولا يورث هذا الخيار عند الحنفية ؛ لأنه حق شخصي . لكن إذا كان الخيار للبائع في رد الثمن ، فمات في أثناء المدة يلزم البيع بموته ، لأنه تحقق عدم الرد بموته .

وإن كان الخيار للمشتري في نقد الثمن فمات في مدة الخيار ، بطل البيع بموته ، لأنه تحقق عدم نقد الثمن بموته ، فيبطل العقد .

(١) الأموال ونظرية العقد لأستاذنا المرحوم محمد يوسف موسى : ص ٤٧٧ ، ٤٨٧ .

(٢) راجع أحكامه في المواد (٣١٢ - ٣١٥) من مجلة الأحكام العدلية .

(٣) فتح القدير : ١٢٢ / ٥ ، الدر المختار ورد المختار : ٥١ / ٤ .

المبحث السابع - انتهاء العقد :

ينتهي العقد إما بالفسخ، أو بالموت، أو بعدم الإجازة في العقد الموقوف .
وانتهاء العقد بالفسخ له حالات . وأما الموت فقد تنتهي به بعض العقود .

انتهاء العقد بالفسخ :

فسخ العقد : قد يكون برفعه من أصله كما في حالة الخيارات وهو الإلغاء ، وقد يكون بوضع نهاية له بالنسبة للمستقبل كما في الإعارة والإجارة ، وهو الفسخ بالمعنى الشائع .

والفسخ في العقود غير اللازمة واضح ، تقرره طبيعة العقد ذاته ، سواء في العقود غير اللازمة من الجانبين كالإيداع والإعارة والشركة والوكالة ، فلكل من الطرفين الفسخ متى أراد ، ما لم يتعلق بالوكالة حق الغير ، كما بينا في بحث الوكالة ، أم في العقود اللازمة من جانب ، وغير اللازمة من الجانب الآخر ، كالرهن والكفالة ، فللمرتهن فسخ الرهن دون رضا الراهن . وللمكفول له وهو الدائن فسخ الكفالة دون رضا المدين .

وأما الفسخ في العقود اللازمة فله حالات هي :

أ - الفسخ بسبب فساد العقد : إذا وقع العقد فاسداً كبيع المجهول أو البيع المؤقت بمدة ، وجب فسخه إما من طريق العاقدين ، أو من طريق القاضي ، إلا إذا وجد مانع من الفسخ كأن يبيع المشتري ما اشتراه أو يهبه . وحينئذ يجب على المشتري دفع قيمة المبيع يوم قبضه ، لا الثمن المتفق عليه .

ب - بسبب الخيار : يجوز لصاحب الخيار في خيار الشرط أو العيب أو الرؤية ونحوها فسخ العقد بمجرد إرادته ، إلا في خيار العيب بعد القبض عند الحنفية لا يجوز الفسخ فيه إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي .

ج- بالإقالة : الإقالة هي فسخ العقد بتراضي الطرفين ، إذا ندم أحدهما وأراد الرجوع عن العقد . وهي مندوبة لقوله ﷺ : « من أقال نادماً يبعته أقال الله عثرته يوم القيامة »^(١) .

د- لعدم التنفيذ: يجوز الفسخ لعدم تنفيذ الطرف الآخر التزامه في حالة خيار النقد ، كما بينا . ويجوز الفسخ بسبب استحالة التنفيذ لآفة سماوية (قوة القاهرة أو ظروف طارئة بتعبير القانونيين) وذلك في عقد البيع في حالة هلاك المبيع قبل التسليم أي في يد البائع قبل أن يتسلمه المشتري ، وفي عقد الإجارة في حالة طروء أضرار من جانب المؤجر أو المستأجر أو العين المؤجرة عند الحنفية ، كحقوق دين فادح بالمؤجر لا سبيل لوفائه إلا ببيع المأجور وأداء الدين من ثمنه ، وإفلاس المستأجر ، أو انتقاله من حرفة إلى حرفة . وهجرة أهل القرية بعد استئجار حمام في قرية ليستغله المنتفع المستأجر .

هـ- لانتهاء مدة العقد أو تحقيق غرضه : يفسخ العقد من نفسه وينتهي بانتهاء مدته أو بتحقيق الغرض المقصود من العقد ، وذلك كاتتهاء مدة عقد الإيجار المعينة ، وسداد الدين في عقدي الرهن والكفالة ، وتنفيذ الوكيل المهمة الموكلة بها .

انتهاء العقد بالموت :

تنتهي طائفة من العقود بموت أحد العاقدين ، منها نماذج مما يأتي :

١- الإجارة : تنتهي الإجارة عند الحنفية^(٢) بموت أحد العاقدين ، بالرغم من أنها عقد لازم من الطرفين ، أي أن العقد يفسخ من نفسه بالموت .

(١) رواه البيهقي عن أبي هريرة ، ورواه أيضاً ابن ماجه وابن حبان في صحيحه والحاكم وقال : صحيح على شرط الشيخين (نصب الرأية : ٢٠/٤) .

(٢) البدائع : ٢٠١/٤ ، ٢٢٢ ، تبين الحقائق : ١٤٤/٥ ، تكللة فتح القدير : ٢٢٠/٧ .

وقال غير الحنفية^(١): لا تنتهي الإجارة أو لا تنفسخ بموت أحد العاقدين .
وسبب الخلاف راجع لتصور كيفية انعقاد الإجارة ، فعند الحنفية : تنعقد الإجارة في
المنافع بحسب حدوثها شيئاً فشيئاً ، أي أن المستأجر يملك المنفعة تدريجياً مع مضي
المدة ، فما يحدث من منفعة بعد موت المالك لا يكون مملوكاً له ، فلا يصح بقاء العقد
عليه . وعند غير الحنفية : تعتبر المنفعة كأنها موجودة حال العقد ، ويملك المستأجر
المنافع بالعقد دفعة واحدة ملكاً لازماً ، فيورث عنه ، كما يورث الشيء المبيع ، فتكون
الإجارة كالبيع لا يبطل بموت أحد العاقدين . وهذا ما أخذ به القانون المدني في المادة
. (٥٦٨) .

٢- الرهن والكفالة : هما من العقود اللازمة من جانب واحد هو الدائن
المرتهن أو المكفول له . فإذا مات الراهن بيع الرهن بواسطة وصيه وقضي منه دينه إن
كان ورثته صغاراً . فإن كانوا كباراً خلفوا الميت في المال ، وكان عليهم تخليص الرهن
بقضاء الدين^(٢) . وأما الكفالة : فإذا كانت كفالة بالدين فلا تنتهي بموت المدين
الأصيل ، وإنما تنتهي بأحد أمرين : أداء الدين إلى الدائن ، أو الإبراء من الدين .
وإذا مات الكفيل يؤخذ الدين من تركته . وإن كانت كفالة بالنفس فتنتهي بموت
الأصيل المكفول بنفسه ، وبموت الكفيل ، للعجز عن إحضار المكفول عنه^(٣) .

٣- الشركة والوكالة : هما من العقود غير اللازمة من الجانبين . وينتهيان
بالموت ، فالشركة تنفسخ بموت أحد الشريكين ، سواء علم الآخر بالموت أم لم يعلم^(٤) .
وكذلك الوكالة تنفسخ بموت الوكيل أو الموكل ، سواء علم الطرف الآخر بموت صاحبه
أم لم يعلم^(٥) .

(١) بداية المجتهد: ٢٢٧/٢ ، الشرح الكبير للدردير: ٣٠/٤ ، المهذب: ٤٠٦/١ ، المغني: ٤٥٦/٥ .

(٢) الدر المختار: ٣٦٩/٥ ، ط الحلبي .

(٣) البدائع: ١١/٦ وما بعدها ، الدر المختار: ٣٦١/٤ ، ٢٨٥ .

(٤) البدائع: ٧٨/٦ ، المبسوط: ٢٥٢/١١ ، فتح القدير: ٣٤/٥ .

(٥) البدائع: ٣٨/٦ ، تكملة فتح القدير والعناية: ١٢٦/٦ وما بعدها ، المبسوط: ١٣/١٩ .

٤ - المزارعة والمساقاة^(١) : عقدان غير لازمين من الجانبين ، لم يجزها أبو حنيفة ، وأجاز الشافعية المساقاة ، والمزارعة تبعاً للمساقاة ، وأجازها المالكية بشروط منها المساواة بين المالك والعامل في الربح .

وأجازها الحنابلة والصاحبان . وعلى هذا الرأي يفسخ العقد بموت صاحب الأرض أو العامل (المزارع أو المساق) ، سواء قبل العمل والزراعة أم بعدها ، وسواء أكان الزرع أو الثمر قد آن حصاده وجنيه أم لا^(٢) . لكن إذا مات صاحب الأرض قبل نضج الزرع تترك الأرض بيد المزارع إلى الحصاد مراعاة لمصلحة الطرفين . وإذا مات العامل فلورثته المضي في العمل إلى الحصاد .

انتهاء العقد بعدم إجازة الموقوف :

ينتهي العقد الموقوف إذا لم يجزه صاحب الشأن ، كما بينا في بحث عقد الفضولي ولا تصح الإجازة كما عرفنا إذا مات الفضولي أو من تعاقد معه ، فينتهي العقد حينئذ قبل الإجازة . وللفضولي نفسه فسخ العقد قبل الإجازة دفعاً للعهد عن نفسه^(٣) .

(١) المزارعة : عقد على زرع الأرض بنسبة معينة شائعة من المحصول . والمساقاة : عقد على العناية بأشجار الفاكهة بنسبة معلومة شائعة من الناتج .

(٢) البدائع : ١٨٥/٦ ، الهداية : ٤٥/٤ ، ٤٨ ، ط الخيرية ، غاية المنتهى : ١٨٤/٢ .

(٣) البدائع : ١٤٨/٥ ، ١٥١ .

الفصل الخامس

المؤيدات الشرعية

المؤيدات الشرعية : هي الأحكام أو التدابير التي شرعت لا لتنظيم علاقات الناس ، وإنما لحمل الناس على طاعة أحكام الشريعة الأصلية^(١) .

فالأحكام الأصلية : هي التي تنظم علاقات الناس بوضع الواجبات وبيان المحظورات . فهي غاية التشريع لإقامة مجتمع أخلاقي متضامن قوي سعيد . وضماناً لاحترام تلك الأحكام الأصلية شرعت المؤيدات : وهي الأحكام الموضوعية لحماية الأحكام الأصلية .

وهذه المؤيدات إما ترغيبية أو ترهيبية .

فالتربغيبية : هي التي وضعت لترغيب الناس بتطبيق أحكام الشريعة كالمكافآت التشجيعية لمن يقدم للجباة عوناً في أمر حربي يحقق النصر .

والترهيبية : هي التي وضعت لمنع الناس من مخالفة أوامر ونواهي الشريعة . وهذه نوعان : إما مؤيدات مدنية أو مؤيدات تأديبية . والمؤيد المدني أقوى تأثيراً من المؤيد التأديبي ، وأشد منعاً للمخالفة بسلب التصرف نتائجه ، واعتباره ملغى . أما المؤيد التأديبي فبالرغم من تأثيره الزاجر القامع للجريمة قد يتجرأ الناس على نظامه ، فيقتربون الجريمة ويرضون بالعقوبة .

(١) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف ٣٠٩ ، ٣١٠ .

أولاً- المؤيدات المدنية :

يتثل دور المؤيدات المدنية في إلغاء التصرف المخالف لنظام الشريعة ، إما إلغاءً كلياً وهو البطلان ، وإما إلغاءً فرعياً وهو الفساد ، وإما وضعه في طريق الإلغاء : وهو التوقف حماية لمصلحة الغير ، أو التخيير لسلب اللزوم عن العقد حماية لمبدأ التعادل أو التوازن ، أو لتوفير الرضا السليم .

وقد سبق بحث هذه المؤيدات الأربعة (البطلان ، الفساد ، التوقف ، التخيير) .

وأكتفي هنا ببيان أهم الفروق وأوجه التشابه بين البطلان والفساد :

أهم الفروق بين البطلان والفساد :

تظهر الفوارق بين الباطل والفساد فيما يأتي^(١) :

١- السبب : إن سبب البطلان هو وجود مخالفة لنظام الشريعة في ناحية جوهرية كالخلل الذي يصيب أحد مقومات العقد الأساسية (العاقد ، والمعقود عليه ، والصيغة) أو أحد شرائط الانعقاد ، كصدور العقد من عديم الأهلية بسبب الصغر أو الجنون وعدم قابلية المحل المعقود عليه للتصرف كبيع الأموال العامة والأوقاف ، والزواج بالمحرم ، وعدم الإشهاد في عقد الزواج ، وعدم تسليم المعقود عليه في العقود العينية كالهبة ونحوها .

أما سبب الفساد : فهو مخالفة العقد لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة .

وقد بينا أن أسباب الفساد ستة يمكن إيجازها في أربعة : وهي الجهالة الفاحشة ، كبيع شاة من قطيع ، وغرر الوصف كبيع بقرة على أنها حامل أو تحلب

(١) راجع المتوسط : ٢٣/١٣ ، البدائع : ٢٩٩/٥ ، ٣٠٤ ، فتح القدير مع العناية : ١٨٥/٥ وما بعدها ، ٢٢٧ وما بعدها ، رد المختار لابن عابدين : ١٠٤/٤ ، ١٣٦ ، مجمع الضمانات : ص ٢١٥ وما بعدها .

كذا، والإكراه على رأي جمهور الحنفية (عدا زفر) الذين يعتبرونه مفسداً للعقد .
وأما زفر فيعتبره موقفاً للعقد، ورأيه أوجه وأصح . والشرط المفسد في المعاوضات
المالية كالبيع والإيجار والشركة : وهو الشرط التقييدي المنوع شرعاً كالتوقيت في
البيع، وعدم التقابض في عقد الصرف، والضرر الذي يلحق البائع بتسليم محل العقد
كبيع جذع من سقف وذراع من ثوب يضره التبعض .

٢- النتيجة : لا يترتب على الباطل أي أثر أصلاً، فهو كالمعدوم سواء، فلا
تنتقل الملكية في العوضين في عقد البيع مثلاً، ولا يترتب على الزواج الباطل حل
الاستمتاع والنفقة والتوارث .

لكن استثناء من ذلك : يعتبر المبيع المقبوض في البيع الباطل مضموناً بالمثل أو
بالقيمة إذا تلف أياً كان سبب التلف، وليس مجرد أمانة لا تضمن حال التلف إلا
بالتعدي أو بالتقصير في الحفظ .

وكذلك يترتب على الزواج الباطل بعض الآثار الضرورية إذا أعقبه دخول :
وهي ثبوت نسب الولد، وإيجاب العدة على المرأة، واستحقاق المرأة المهر . فيختلف
بذلك عن الزنى .

أما الفاسد : فيترتب عليه بعض آثار العقد الصحيح إذا تم التنفيذ أي القبض أو
التسليم، فتنتقل الملكية في العوضين في البيع الفاسد بالقبض . ويملك المستأجر
المنفعة في الإجارة الفاسدة وتلزمه الأجرة باستيفاء المنفعة فعلاً . لكن البيع الفاسد
لا يلزم المشتري بدفع الثمن المسمى المتفق عليه، وإنما ثمن المثل أي قيمة المبيع في السوق
يوم القبض . وفي الإجارة الفاسدة يلزم المستأجر بدفع أجر المثل، لا الأجر المسمى في
العقد^(١) .

(١) يلزم دفع أجر المثل على ألا يتجاوز الأجر المسمى، إلا إذا كان فساد الإجارة ناشئاً عن جهالة الأجرة فيجب
عندئذ أجر المثل بالفاً ما بلغ .

ويلاحظ أن هذا الأثر يرتبه الفقه على تنفيذ العقد ، لا على نفس العقد .

٣ - استحقاق الفسخ : الباطل لا يحتاج إلى فسخ ؛ لأنه معدوم لم يوجد ، والفسخ يرد على عقد قائم كالعقد المشتمل على أحد الخيارات .

وأما الفاسد : فيستحق الفسخ رعاية لأحكام الشرع إما بإرادة أحد العاقدين ، أو بإرادة القاضي ؛ لأن إزالة الفساد واجب شرعاً ، وبالفسخ يرتفع الفساد^(١) .

ويبقى حق الفسخ قائماً ولو بعد التنفيذ حتى يزول سببه إلا إذا وجد أحد موانع الفسخ وهي^(٢) :

أ - هلاك المعقود عليه أو استهلاكه أو تغيير شكله واسمه كطحن القمح وخبز الدقيق .

ب - الزيادة المتصلة غير المتولدة من الأصل كخلط الدقيق بالسمن أو العسل والبناء على الأرض وصبغ الثوب . أما أنواع الزيادات الأخرى وهي الزيادة المتصلة المتولدة كالسمن والجمال ، والزيادة المنفصلة المتولدة كالولد والثمرة أو غير المتولدة كالكسب والغلة فلا تمنع الفسخ والرد .

ج - التصرف بالشيء المقبوض بعقد فاسد من قبل القابض كالبيع والهبة والرهن والوقف .

ويلاحظ أن حق الفسخ بسبب الفساد يورث ، فلو مات أحد العاقدين جاز لورثته أو للعاقدين الآخر فسخ العقد بعد الموت .

٤ - عموم الأثر وخصومه : البطلان يمكن أن يصيب كل أنواع التصرفات

(١) البدائع : ٣٠٠/٥ .

(٢) البدائع : ٣٠٠/٥ - ٣٠٢ ، فتح القدير : ٢٣١/٥ ، ٣٠٢ ، رد المحتار : ١٣٧/٤ ، مجمع الضمانات : ص ٢١٦ .

القولية والفعلية، العقدية وغير العقدية، كالبيع والإيجار والهبة، والإقرار والدعوى، وإحراز المباح وقبض المبيع والموهوب .

وأما الفساد فلا يجري إلا في العقود المالية المنشئة التزامات متقابلة أو ناقلة للملكية^(١)، فلا يجري الفساد في العبادات والتصرفات الفعلية، والعقود غير المالية كالزواج والوصاية والتحكيم، والعقود المالية التي لا تنشئ التزامات متقابلة ولا تنقل الملكية كالإيداع والإعارة، وتصرفات الإرادة المنفردة كالطلاق والوقف والإبراء . فهذه التصرفات لا تكون إلا صحيحة أو باطلة .

وأما أوجه الشبه بين الباطل والفساد فأهما ما يأتي :

أ - الباطل لا يقبل الإجازة لأنه معدوم . وكذلك الفاسد لا يرتفع فساده بالإجازة ؛ لأن العاقد لا يملك مخالفة نظام الشريعة، وليس له إقرار المخالفة، وإنما ينبغي إزالة الفساد احتراماً لحكم الشرع، إلا إذا زال سبب فساده كتعيين المجهول .

ب - الباطل لا يسري عليه التقادم (مرور الزمان) ويمكن التمسك ببطلان العقد مهما طالت المدة ؛ لأن الباطل معدوم . وكذلك الفاسد لا يسري عليه التقادم، وإنما يظل مستحق الفسخ شرعاً مهما طال الأمد، إلا إذا وجد مانع من موانع الفسخ التي سبق بيانها .

ثانياً - المؤيدات التأديبية (أو العقوبات)

إن مخالفة أحكام الشريعة وارتكاب المعاصي والمنكرات التي حرمتها الشريعة تستوجب عقاباً أخروياً ودينوياً . والعقوبات الدنيوية نوعان :

١ - عقوبات مقدرة : وهي التي قدر لها الشرع نوعاً ومقداراً معيناً وهي

(١) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف ٢٦٨ .

القصاص ، والحدود الخمسة (وهي حد الزنا ، وحد القذف ، وحد السرقة ، وحد الحراية ، وحد شرب الخمر والمسكرات)^(١) .

٢ - عقوبات غير مقدره وهي التعزيرات : وهي التي لم يحدد لها الشرع نوعاً ولا مقداراً معيناً ، وإنما فوضها إلى تقدير الحكام لتطبيق ما يرونه محققاً للمصلحة حسب ظروف الجاني والجناية .

والحكمة من تشريع الحدود أو العقوبات عامة : هو زجر الناس وردعهم عن اقتراف الجرائم الموجبة لها ، وصيانة المجتمع عن الفساد ، وتخليص الإنسان من آثار الخطيئة ، وإصلاح الجاني .

قال ابن تيمية^(٢) وابن القيم^(٣) : كان من حكمة الله سبحانه وتعالى ورحمته أن شرع العقوبات في الجنايات الواقعة بين الناس بعضهم على بعض في النفوس والأبدان والأعراض والأموال كالقتل والجرح والقذف والسرقة ، فأحكم سبحانه وتعالى وجوه الزجر الرادعة عن هذه الجنايات غاية الأحكام ، وشرعها على أكمل الوجوه المتضمنة لمصلحة الردع والزجر ، ورتب على كل جناية ما يناسبها من العقوبة . وجعل هذه العقوبات دائرة على ستة أصول : قتل ، وقطع ، وجلد ، ونفي ، وتغريم مال ، وتعزير .

والجرائم الموجبة للعقوبة البدنية هي ثلاث عشرة جريمة وهي :

(١) القصاص : هو عقوبة الإعدام بتعبير العصر ، وحد القذف وشرب الخمر : ثمانون جلدة بسوط لاعددة له مفرقة على أجزاء الجسد ماعدا المقاتل ، وحد الزنا : مئة جلدة لغير المتزوج ، والرجم بالنسبة للمحصن المتزوج ، وحد السرقة : قطع اليد من الرسغ ، وحد الحراية : هو القتل أو الصلب أو قطع اليد والرجل من خلاف ، أو النفي ، وتطبق العقوبة بحسب ما يناسب جريمة المحارب .

(٢) رسالته في القياس : ص ٨٥ ، السياسة الشرعية له : ص ٩٨

(٣) أعلام الموقعين : ٩٥/٢ ، ١٠٧ وما بعدها .

القتل، والجرح، والزنا، والقذف، وشرب الخمر، والسرقعة، والبغى^(١)،
والحرابة، والردة، والزندقة، وسب الله وسب الأنبياء والملائكة، وعمل السحر،
وترك الصلاة والصيام.

وليس في هذه العقوبات قسوة أو تنكيل وتعذيب للمجرم كما يزعم بعض
الناس؛ لأن هذه الجرائم الموجبة لها خطيرة تهز كيان المجتمع، ولأنها أنسب عقوبة
لزجر المجرم وأمثاله، وأقمع للجريمة ومطاردة المجرمين، وأدعى لتحقيق أمن المجتمع
واستقراره.

وقد حققت العقوبات الشرعية أمناً في السعودية لإيمائله أمن بلد في العالم
تطبق فيه العقوبات الوضعية من حبس أو سجن ونحوها.

والتخلص من ضرر مجرم يتباكى عليه الزاعمون حب الإنسانية والإنسان أوجب
من تهديد أمن المجتمع بكامله، عن طريق ترويع المجرمين أمن البيوت والنساء
والأطفال، وما يعقبه من العديد من الجرائم والمنكرات.

ولقد أثبت التاريخ أن المجتمع الإسلامي عندما طبق الحدود الشرعية، عاش
أمناً مطمئناً على أمواله وأعراضه ونظامه، حتى إن المجرم نفسه كان يسعى لإقامة
الحد عليه، رغبة في تطهير نفسه، والتكفير عن ذنبه.

هذا مع العلم بأن تطبيق القصاص والحدود يتطلب تشدداً كبيراً في شروط
إثبات الجريمة^(٢)، مما لا نكاد نجد له مثيلاً عند القانونيين، بل إن الحدود ومنها

(١) البغى: الخروج في حال الشوكة والمنعة على جماعة المسلمين بتأويل نص في حكم شرعي للتوصل إلى حق أو
ولاية، والتحصن في بلد ما، وتنظيم ثورة مسلحة على غيرهم، وتطبيق أحكامهم فيما بينهم كالخوارج. وأما
الحرابة: فهي قطع الطريق على المارة، بقصد أخذ أموالهم قهراً عنهم أو قتلهم علانية دون اعتداد على تأويل
سائق.

(٢) ففي السرقة مثلاً يشترط ما يزيد على ١٢ شرطاً. وفي الزنا: يشترط لإثباته بالشهادة شهادة أربعة رجال
أحرار عدول يرون الجريمة رؤية بصرية كاملة لاشبهة فيها. وفي القتل يشترط عدة شرائط لتطبيق القصاص
منها أن يكون القتل بسلاح ونحوه.

القصاص تسقط بالشبهات عملاً بالحديث النبوي: « ادروا الحدود بالشبهات » وقد توسع الفقهاء في بيان ماهو شبهة مسقطه للحد توسعاً كبيراً، حتى إن مجرد ادعاء الشبهة كادعاء الزوجية في حال الوطء من المتهم يسقط الحد، وكذا هرب الحدود أثناء إقامة الحد يسقط الحد^(١).

فالقسوة على المجرم رحمة عامة للمجتمع في مجموعه، حتى يتخلص من الجريمة وخطرها الوييل، فإن التضحية بعدد محدود من المجرمين أهون كثيراً من ترك الجريمة تفتك بالآلاف الأبرياء. والشريعة الإسلامية هي شريعة الرحمة الحققة بالناس، والله سبحانه أدرى بما يعالج به خطر بعض المجرمين وهو أرحم بهم.

وقد أدى كل هذا إلى أن يكون تطبيق الحد نادراً جداً في المجتمع الإسلامي، فقطع اليد مثلاً في السعودية لا يزيد عن حالة واحدة أو حالتين طوال العام.

وأما العقوبات غير المقدرة أو التعزيرات: فهي العقوبات المشروعة على كل معصية أو منكر أو إيذاء لاحد فيه، سواء بالقول أو بالفعل أو بالإشارة، وسواء أكانت الجريمة انتهاكاً للحرمة الدينية والاجتماعية كالأكل في نهار رمضان بغير عذر، وترك الصلاة، وطرح النجاسة في طريق الناس، والاستهزاء بالدين، والإخلال بالآداب العامة، أو كانت اعتداء على حق شخصي كأنواع السب والشتم والضرب والإيذاء بأي وجه، والغش والتزوير والاحتيال ونحوها.

والتعزير يكون إما بالضرب أو بالحبس أو الجلد أو النفي أو التوبيخ أو التغميم المالي، ونحو ذلك مما يراه الحاكم رادعاً للشخص بحسب اختلاف حالات الناس، حتى القتل سياسة كما قرر فقهاء الحنفية والمالكية.

والتعزير مفوض للدولة في كل زمان ومكان، تضع للقضاة أنظمة يطبقونها

(١) الدر المختار: ١٥٨٢ وما بعدها.

بحسب المصلحة . وأغلب العقوبات الوضعية الحديثة تدخل في نطاق التعزير . ولا مانع شرعاً من تقنين العقوبات التعزيرية بجانب الحدود والقصاص على النحو المعروف الآن . ويعد التعزير قاعدة مرنة صالحة للتطبيق في كل عصر بما يحقق المصلحة أو المقصود من العقوبة . وما وضع حدين للعقوبة قانوناً أدنى وأقصى ، أو الحكم مع وقف التنفيذ إلا لون من ألوان المرونة أو العفو عن العقوبة المقررين في التعزيرات .

والشريعة أساس الحكم على الجريمة والعقاب ، وقد سبق الفقهاء المسلمون إلى معرفة قاعدة : « لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص » لتقريرهم القاعدتين التاليتين :

١ - « لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص » .

٢ - « الأصل في الأفعال والأقوال والأشياء الإباحة » .

ومصدرها تين القاعدتين قول الله تعالى : ﴿ وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا ﴾ وقوله سبحانه : ﴿ وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلو عليهم آياتنا ﴾ وقوله جل شأنه : ﴿ رسلاً مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل ﴾ .

فهذه النصوص قاطعة بأن لا جريمة إلا بعد بيان ، ولا عقوبة إلا بعد إنذار . ومن هنا كانت فترة الجاهلية لا عقاب فيها على الجرائم التي حدثت أثناءها ، سواء أكانت الجريمة إراقة دم حرام أم غيرها .

وقد تضافر القرآن الكريم والسنة النبوية وكتب الفقهاء على بيان المعاصي والمنكرات وتفصيل العقوبات المقررة في الدنيا على الأشخاص . ولا يقبل شرعاً من أي مسلم أو مسلمة الاعتذار بالجهل بأحكام الشريعة ، وعليه أن يتعلم القدر الضروري منها لقوله عليه السلام : « طلب العلم فريضة على كل مسلم » ويعد التقصير في التعليم والتعلم جريمة مستوجبة التعزير .

والعمل بأحكام الشريعة في النطاقين الجزائري والمدني وغيرهما واجب على الدولة والأفراد، ويعد التخلي عن الشريعة إثماً كبيراً وجرماً عظيماً. وليس تطبيق أحكام الشريعة أمراً صعباً أو غير متفق مع ظروف العصر الحديث، وإنما الإعراض عن ذلك نوع من الوهم وفقدان الثقة بالذات وافتتان بأنظمة العصر وبعد جائر عن الشرع.

ولاشك بأن أحكام الشريعة تتطلب إقامة مجتمع إسلامي متكامل في العقيدة والعبادة والسلوك الأخلاقي، وينبغي أن تتجه أنظمة الدولة الدستورية والإدارية والتعليمية والإعلامية إلى العمل بروح الإسلام وأنظمتها وآدابه، حتى يسهل تقبل الحكم الشرعي الإلهي عن عقيدة واقتناع وحب واحترام.

ملحق

ما اقتبسه القانون المدني من الفقه الإسلامي

لا تتبوأ الأمة مكانتها وتنعم بعزتها بغير الاستقلال الكامل المادي والمعنوي الذي لا أثر فيه للتبعة الفكرية والثقافية والقانونية لأية دولة أخرى .

ولا يكمل الاستقلال الوطني ولا تتحقق أوتنموا ذاتية البلد المطلقة ولا تخطو خطوات بناءه نحو التقدم والمستقبل المشرق ، محطمة قيود التبخلف إلا بالتخلص من كل آثار الاستعمار ورواسبه البعيدة المدى . ومن أولى مهام الحكم المستقل الوطني في سبيل تحقيق تلك الغاية الاعتماد في التقنين في مختلف أنواعه على التراث القومي النابع من البيئة ، والمتجاوب مع تطلعات أبناء البلاد وأهدافهم وعقيدتهم .

فلقد اعترف الفقيه الكبير الدكتور عبد الرزاق السنهوري واضع القانون المدني المصري وغيره في البلاد العربية بأن الفقه والقضاء المصري ضيفان على القضاء الفرنسي ، ولكن آن للضيف أن يعود إلى بيته ، وطالب بتمصير الفقه ، وجعله فقهاً مصرياً خالصاً نرى فيه طابع قوميتنا ونحس أثر عقليتنا ، ففقهنا حتى اليوم لا يزال يحتله الأجنبي ، الاحتلال هنا فرنسي ، وهو احتلال ليس بأخف وطأة ولا أقل عنتاً من أي احتلال آخر .

لذلك كانت أمنية من أغلى الأمانى العراض وأعزها لدينا أن يصدر قانون مدني

وغير مدني مستمد كله من أحكام الشريعة الإسلامية . قال الدكتور السنهوري^(١) : أما جعل الشريعة الإسلامية هي الأساس الأول الذي يبني عليه تشريعنا المدني ، فلا يزال أمنية من أعز الأماني التي تحتلج بها الصدور ، وتنطوي عليها الجوانح . ولكن قبل أن تصبح هذه الأمنية حقيقة واقعة ، ينبغي أن تقوم نهضة علمية قوية لدراسة الشريعة الإسلامية في ضوء القانون المقارن .

ومن بدهي القول إعلان أن الشريعة الإسلامية ذات المصدر السماوي الإلهي المستقل لا تزال شريعة حية صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان ، أكد ذلك فقهاء القانون في الغرب والشرق ، وعمداء الحقوق في البلاد العربية والأجنبية ، ومؤتمرات القانون المقارن والمحامين الدولية في العصر الحديث^(٢) .

قال الدكتور السنهوري^(٣) : « ولا أريد الاقتصار على شهادة الفقهاء المنصفين من علماء الغرب ، كالفقيه الألماني كوهلر والأستاذ الإيطالي دلفيشيو والعميد الأمريكي ويجمور وكثيرين غيرهم ، يشهدون بما انطوت عليه الشريعة الإسلامية من مرونة وقابلية للتطور ، ويضعونها إلى جانب القانون الروماني والقانون الإنكليزي إحدى الشرائع الأساسية الثلاث التي سادت ولا تزال تسود العالم . وقد أشار الأستاذ لامبير الفقيه الفرنسي المعروف في المؤتمر الدولي للقانون المقارن ، الذي انعقد في مدينة لاهاي في سنة ١٩٣٢ إلى هذا التقدير الكبير للشريعة الإسلامية ، الذي بدأ يسود بين فقهاء أوروبا وأمريكا في العصر الحاضر .

ولكنني أرجع للشريعة نفسها لأثبت صحة ماقررته . ففي هذه الشريعة عناصر

(١) راجع كتابه الوسيط في شرح القانون المدني الجديد : حاشية ص ٤٨ .

(٢) انظر قرار مؤتمر القانون المقارن في لاهاي سنة ١٩٣٨ ، ومؤتمر المحامين الدولي في لاهاي سنة ١٩٤٨ ، وتوصيات ندوة عمداء كليات الحقوق والقانون والشريعة بالجامعات العربية بجامعة بيروت العربية ، عام ١٩٧٣ ، وجامعة بغداد عام ١٩٧٤ ، وتوصيات ندوة التشريع الإسلامي في مدينة البيضاء ، ليبيا عام ١٩٧٢ ، وتوصيات مؤتمر الفقه الإسلامي بالرياض عام ١٩٧٦ .

(٣) بحث الدكتور السنهوري في مجلة نقابة المحامين بدمشق - السنة الأولى - العدد السابع : ص ٥٠٦ .

لو تولتها يد الصياغة ، فأحسنت صياغتها ، لصنعت منها نظريات ومبادئ لا تقل في الرقي وفي الشمول وفي مسابرة التطور عن أخطر النظريات الفقهية التي نتلقاها اليوم عن الفقه الغربي الحديث .

وآتي بأمثلة أربعة اضطررت إلى الاقتصار عليها لضيق المقام : يدرك كل مطلع على فقه الغرب أن من أحدث نظرياته في القرن العشرين : نظرية التعسف في استعمال الحق ، ونظرية الظروف الطارئة ، ونظرية تحمل التبعة ، ومسؤولية عديم التمييز . ولكل نظرية من هذه النظريات الأربع أساس في الشريعة الإسلامية لا يحتاج إلا للصياغة والبناء ليقوم على أركان قوية ، ويسامت نظريات الفقه الحديث .»

وقد أحدثت هذه الصيحة بالاعتراف بالحق دويماً في نفوس واضعي القوانين العربية ، ولم يعد مقبولاً مجال ترك مصادرنا الفقهية الإسلامية ، وأخذ قانون مترجم ترجمة حرفية عن القانون المدني الفرنسي .

وأثمر هذا الدوي القوي في أفكار القانونيين ، فصدر في دنيا العرب قانونان مدينان مستمدان من الفقه الإسلامي ، وهما القانون المدني العراقي عام ١٩٥١ ، والقانون المدني الأردني عام ١٩٧٦ ، وصدر في ليبيا - الثورة إلغاء صريح فوري لكل مواد القانون المدني المعارضة للشريعة ، وبدئ بوضع قانون جديد مستمد من الفقه الإسلامي ، كما بدئ في مصر بوضع مشاريع قوانين مدنية وجزائية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية ، غير الملتزمة مذهباً فقهياً معيناً ، وإنما تأخذ من مجموع أحكام المذاهب الإسلامية - السنية والشيعية ما يناسب ظروف العصر ، وبدأت لجان منبثقة من قرارات وزراء الخارجية العرب بوضع قانون مدني وآخر جزائي مستمد من الشريعة الإسلامية منذ عام ١٩٨٠ .

وقد جاء في الأسباب الموجبة للأئحة القانون المدني العراقي المكون من ١٣٨٣

مادة ما يلي : إن قواعد القانون المدني العراقي استمدت من مصادر متباينة ، فبعضها أخذ من الفقه الإسلامي مباشرة ، وبعضها نقل عن الفقه الإسلامي مقنناً في المجلة ، والبعض الآخر هو بقية من القوانين العثمانية العتيقة ، وهذه القوانين بدورها قد اشتقت أحكامها بوجه خاص من القانون الفرنسي والعرف المحلي .

والكثرة الغالبة من أحكام القانون العراقي قد خرجت على الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة دون تقييد بمذهب معين ، واستطاع مشروع هذا القانون أن يجد في غير عناء مادة خصبة في الفقه الإسلامي يصوغ منها طائفة العقود المسماة ، سواء وقع العقد على الملكية كالبيع والهبة والشركة والقرض ، أو وقع على المنفعة كالإيجار والإعارة ، أو وقع على العمل كالمقاولة وعقد العمل والوكالة والوديعة .

وجاء في نص البيان الصحفي الذي أعلن به مشروع القانون المدني الأردني المكون من ١٤٤٩ مادة ما يلي :

اعتمدت لجنة واضعية على المراجع والمصادر التالية :

- ١ - مجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي بجميع مذاهبه .
- ٢ - التشريعات والقوانين الأردنية المعمول بها .
- ٣ - مشروع القانون المدني الموجود حالياً في مجلس الأعيان .
- ٤ - كافة التشريعات والقوانين المعاصرة والمستمدة من الفقه الإسلامي .

وتناول المشروع أحكام المعاملات مستمدة من الفقه الإسلامي بأحكامه الواسعة المتفتحة على الحياة وقواعده المتطورة دائماً مع متطلبات العصر والصالحة للغد ولتبدل الأزمان . وهو مشروع رائد ينتظره العرب والمسلمون بفارغ الصبر ، وهو يحقق رغبة طالما تمنها كثير من رجال القضاء والقانون وعلى رأسهم المحرم الدكتور عبد الرزاق السنهوري .

ويقع المشروع في نحو ١٤٥٠ مادة ، وتستند كل مادة من مواده إلى مأخذها

ونظائرها في القوانين المعاصرة ومرجعها الفقهي في مذكرات إيضاحية تقع في نحو ١٥٠٠ صفحة، وهي شروح وافية لكل مادة وثروة قانونية لقضائنا ورجال القانون .

فمن المقطوع به أن كل نص تشريعي أو مادة قانونية ينبغي أن تعيش في البيئة التي تطبق فيها والبلد الذي تنفذ فيه، مهما كان مصدرها، لكن يلاحظ أن القانون الأردني لم يجز الفوائد الربوية، بعكس القانون العراقي الذي أباح الاتفاق على الفائدة بنسبة ٧٪.

مدى الاعتماد على الشريعة في القانونين المصري والسوري :

القانون المدني السوري الصادر عام ١٩٤٩ وأصله القانون المصري الصادر عام ١٩٤٨ ما يزالان قائمين على أساس من القانون المدني الفرنسي، إلا أنها جعلتا الفقه الإسلامي (م ٢/١) مصدراً رسمياً للقانون يأتي في المرتبة الثانية بعد نصوص القانون في قانوننا السوري (ومثله القانون الجزائري الصادر عام ١٩٧٥) وفي المرتبة الثالثة بعد نصوص القانون والعرف والعادة في القانون المصري .

وفي تقديري أن اعتبار الفقه الإسلامي مصدراً رسمياً احتياطياً في كلا القانونين ليس له فائدة عملية كبيرة؛ لأن القاضي لا يلجأ إليه إلا إذا استحال عليه الوصول إلى الحكم القانوني من نصوص التشريع، وهذا احتمال نادر، لكنه لا شك يزيد كثيراً في أهمية الشريعة الإسلامية، ويجعل دراستها دراسة عملية في ضوء القانون المقارن أمراً ضرورياً لا من الناحية النظرية الفقهية فحسب، بل كذلك من الناحية العملية التطبيقية .

فكل من الفقيه والقاضي أصبح الآن مطالباً أن يستكمل أحكام القانون المدني، فيما لم يرد فيه نص بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي^(١) .

ولكن المفيد التعرف على الأحكام التي استمدها القانون المدني السوري (وأصله

(١) الوسيط للسنهوري : ص ٤٨ .

المصري) من الفقه الإسلامي . وبعض هذه الأحكام هي مبادئ عامة ، وبعضها مسائل تفصيلية^(١) :

بعض المبادئ والنظريات العامة المقتبسة من الفقه الإسلامي :

- ١- النزعة الموضوعية
- ٢- الأهلية ، ومسؤولية عديم التمييز
- ٣- نظرية التعسف في استعمال الحق
- ٤- نظرية الظروف الطارئة
- ٥- حوالة الدين
- ٦- لاتركة إلا بعد سداد الدين

بعض الأحكام التفصيلية المستقاة من الفقه الإسلامي :

- ١- في عقد البيع (أحكام مجلس العقد ، البيع بالصفة ، تبعة الهلاك في البيع - نظرية تحمل التبعة ، حق الحبس ، الغبن في بيع القاصر ، ضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق) .
- ٢- في عقد الإيجار (إيجار الأراضي الزراعية ، غرس الأشجار في العين المؤجرة ، هلاك الزرع في العين المؤجرة ، المزارعة ، انقضاء الإيجار بموت المستأجر وفسخه للعذر ، إيجار الوقف) .
- ٣- حقوق الارتفاق : (حق العلو والسفل ، الحائط المشترك)

٤- أحكام عقد الهبة - شكلاً وموضوعاً (تكوين العقد ، محل العقد ، الرجوع في

الهبة)

(١) الوسيط للسنهوري : ص ٤٦ ، ٤٧ .

٥- تصرف المريض مرض الموت

٦- أحكام متفرقة (مدة التقادم ، الإبراء من الدين بإرادة الدائن وحده)

بيان أهم المبادئ والنظريات المقتبسة من الفقه الإسلامي :

١- النزعة الموضوعية :

أخذ القانونان المصري والسوري بالنزعة الموضوعية التي تخللت كثيراً من النصوص^(١) . وهذه هي نزعة الفقه الإسلامي والقوانين الجرمانية ، آثرها التقنين على النزعة الذاتية التي هي طابع القوانين اللاتينية ، وجعل الفقه الإسلامي عمدته في الترجيح . فأخذ بالإرادة الظاهرة وبالموضوعية معاً ، ولكن بقدر متفاوت ، إذ أقل من الأخذ بالإرادة الظاهرة ، وأكثر من الأخذ بالموضوعية ، إلى حد أنه عندما كان في بعض المسائل يتخذ معايير ذاتية لم يتخذها ذاتية محضة ، بل رسم لها ضوابط موضوعية ليضفي عليها شيئاً من الثبات والاستقرار .

من أمثلة المعايير الموضوعية « عناية الشخص المعتاد » أي أن الشخص مطالب بأن يبذل من العناية في حفظ مال الغير كالوديعة مثلاً ما يبذله عادة في حفظ ماله الخاص .

انظر القانون المدني السوري (المواد ٢١٢ / ١ في الالتزام بعمل ، ٤٨٩ / ٢ في آثار الشركة ، ٥٥١ / ١ في استعمال العين المؤجرة ، ٦٠٧ / ١ التزام المستعير ، ٦٥١ / ١ التزام العامل ، ٦٧٠ / ٢ التزام الوكيل ، ٦٨٦ التزام الوديع ، ٧٠٠ / ١ التزام الحارس ، ١٩٣ / ١ التزام الفضولي ، ١٣٠ / ١ إبطال العقد بسبب الغبن ، ١٤٧ انتقال الالتزام إلى الخلف الخاص ، ١٧٩ مسؤولية حارس الأشياء ، ٢٢٢ تعويض الضرر ، ٤١٥ / ١ التزام البائع بضمان العيوب الخفية ، ٥٨٠ / ١ استغلال المستأجر الأراضي الزراعية) .

(١) الوسيط للسنهوري : ص ٤٧ ، ٩٣ ، ٩٦ .

وهذا المعيار الموضوعي مقرر في الفقه الإسلامي في الأحوال السابقة ، فقد قرر فقهاؤنا أنه يجب على الأمين أن يحفظ الأمانة ، كما يحفظ ماله على النحو الذي جرت به عادة الناس في كيفية حفظ أموالهم^(١) .

أما الفقه الإسلامي فيقرر مسؤولية الصبي غير المميز والمجنون مطلقاً عن الإتلافات ، قال الحنفية : « الصبي المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله ، فيضمن ما أتلفه من المال »^(٢) « لو أن طفلاً ابن يوم انقلب على قارورة فكسرها ، لزمه الضمان »^(٣) وقال المالكية : « إن تقويم المتلفات لا يختلف باختلاف الناس ، إنما باختلاف البلاد والأزمان »^(٤) .

ونصت المجلة على ذلك فيما يأتي : « يلزم الضمان على الصبي إذا أتلف مال الغير ، وإن كان غير مميز » (م ٩٦٠) : « إذا أتلف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله ، وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يساره ، ولا يضمن وليه » (م ٩١٦) (م ٩١٢) .

ولكن لا يكون غير المميز مسؤولاً مسؤولية جنائية عن حوادث القتل ، فلا ينفذ في حقه القصاص ، وإنما يقتصر على تعزيره بالحبس أو بالتوبيخ ونحوهما .

٢ - أحكام الأهلية ، ومسؤولية عديم التمييز :

إن أحكام الأهلية (المواد ٤٦ - ٥٠ ، ١٠٩ - ١٢٩) مستمدة من الفقه الإسلامي^(٥) ، سواء فيما يتعلق بأهلية التملك أو بمباشرة التصرفات والعقود ، ووجود

(١) بداية المجتهد : ٣٠٧/٢ ، وانظر كتابنا نظرية الضمان : ص ١٧٧ - ١٨٣ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم : ٧٨٢ ، درر الحكام : ٢٧٢/٢

(٣) مجمع الضمانات : ص ١٤٦ - ١٥٤ ، ١٦١ ، ١٦٥ ، جامع الفصولين : ١١٣/٢ ، ١٢٤ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم : ٩٩/٢ .

(٤) الفروق للقرافي : ٣١/٤ .

(٥) نظرية العقد للسهوري : ٣٢٢/١ وما بعدها .

الحاجة أحياناً إلى النائب الشرعي عن الغير، والحكم ببطلان التصرف بسبب انعدام الأهلية، إلا أن القانون في حالة وجود عيب من عيوب الرضا كالإكراه والتدليس والغلط يجعل العقد قابلاً للإبطال أي أن العقد قائم وموجود، لكنه عرضة للإبطال من طريق القاضي بناء على طلب صاحب المصلحة في حماية حقه الخاص. وأما في الفقه فيسمى العقد حينئذ غير لازم أي يجوز فسخه من صاحب الحق بمحض إرادته من غير قضاء إلا في حالة وجود التدليس المتضمن إخفاء عيب (خيار العيب) فيحتاج إلى القضاء لتقدير وجود العيب. وقد يسمى العقد المعيب بعيب (كما في حالة الإكراه) غير نافذ أو موقوفاً على الإجازة كما في حالة تجاوز العاقد حدود النيابة المتعارف عليها، إلا أن العقد الموقوف لا ينتج أي أثر، أما العقد القابل للإبطال فهو عقد صحيح منتج لآثاره.

وكذلك أخذ القانون المدني بمبدأ مسؤولية عديم التمييز عن أعماله غير المشروعة التي تسبب ضرراً للغير، مسايرة لمبادئ الشريعة الإسلامية التي توجب تعويض الضرر الواقع باعتباره واقعة مادية، ولو لم يتوفر عنصر الخطأ أحد أركان المسؤولية المدنية التقصيرية، وهو ما تقرره نظرية تحمل التبعة التي لا تقيم المسؤولية على أساس فكرة الخطأ، وإنما تكتفي بمراعاة مبدأ « الغرم بالغرم ». وقد نص القانون المدني على ذلك في المادة ١٦٥ / ٢ : « ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم » أي أن هذه المسؤولية لغير المميز تتميز بأنها مسؤولية مشروطة، ومسؤولية مخففة أي في حدود التعويض العادل^(١).

وبهذا يكون ولي القاصر بصفة عامة هو المسؤول عن عمل القاصر أو المحبون على

(١) الوسيط للسنهوري : ص ٦٢، النظرية العامة للالتزام للدكتور وحيد سوار : ٢٠/٢.

أساس الخطأ المفترض أو التقصير في الرقابة (راجع المادة ١٧٤) .

وسألقي الضوء إجمالاً على هذه المبادئ والنظريات والأحكام التفصيلية المستمدة من الفقه الإسلامي ، تاركاً الشرح لفقهاء القانون المدني الذين يبينون عادة منشأ هذه الأحكام ، وموطن استمداد المشرع لها .

٣ - نظرية التعسف في استعمال الحق :

ليس حق الملكية حقاً مطلقاً ، وإنما هو مقيد بعدم إلحاق الضرر بالغير ، فإذا ترتب على استعمال الحق إحداث ضرر بالغير نتيجة إساءة استعمال هذا الحق ، كان محدث الضرر مسؤولاً .

وقد نص القانون المدني السوري على هذا المبدأ في المادتين (٥ ، ٦) « من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر » (م ٥) .

« يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية :

أ - إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير .

ب - إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب ألبتة مع ما يصيب الغير من ضرر » .

ج - إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة (م ٦) وقد حرص واضعو القانون - لدى صياغة النص الذي أورد في هذه النظرية - على الاستفادة من القواعد التي استقرت في الفقه الإسلامي^(١) ومن أهمها : « تصرف الإنسان في

(١) الوسيط للسنهوري: ٨٣٧/١ ، النظرية العامة للالتزام للدكتور سوار: ص ٩٦ ، الحقوق العينية الأصلية للدكتور سوار: ص ٣١١ .

خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره « فهذه القاعدة أساس واضح لنظرية منع التعسف في استعمال الحق ، وهي القاعدة المنظمة لحقوق الجوار^(١) .

أما نص المادة (٥) فأخوذ من المبدأ المقرر في الشريعة المعبر عنه في القاعدة الفقهية الكلية القائلة : « الجواز الشرعي ينافي الضمان » أي أن الفعل المباح شرعاً لا يستوجب الضمان أو تعويض الضرر الذي قد يحدث .

وأما نص المادة (٦) فستمد من حيث المبدأ من الحديث النبوي المتقدم : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » الذي يقضي بمنع الضرر في حالتين :
الأولى - استعمال الحق بقصد الإضرار .

الثانية - أن يترتب على استعمال الحق المشروع إضرار الآخرين ، سواء أكان الاستعمال على وجه معتاد ، أم على غير الوجه المعتاد .

وفي كلتا الحالتين توجب قواعد الإسلام إزالة الضرر عيناً ، سواء أكان مادياً أم معنوياً ؛ لأن الراجح أن المنافع أموال متقومة ، فإن تعذر ذلك يجب الحكم بتعويض مالي عادل لرفع آثار الضرر ومنع بقاءه أو تجده في المستقبل .

ويلاحظ أن القانون قصر التعسف على حالات الاستعمال غير المشروع^(٢) .

أما الحالة الأولى قانوناً فتقابل الحالة الأولى المفهومة من الحديث ، والحالة الثانية تقابل الحالة الثانية المأخوذة من الحديث ، وتتفق مع ما أخذت به المجلة (المادة ١٩ ، ٢٠) ويقتضيه الاستحسان الفقهي . وأما الحالة الثالثة في القانون فهي مستقاة من مجموع ما تقرره المذاهب الإسلامية وتقتضيه روح التشريع الإسلامي في محاربة الأعمال غير المشروعة ، أو المعاصي والمنكرات الضارة بمصلحة المجتمع ، وأنه

(١) راجع تطبيقات القاعدة في نظرية الضمان للمؤلف : ص ٢٠٧ .

(٢) راجع كتابنا نظرية الضمان : ص ٥٣ وما بعدها .

يتحمل الضرر الخاص لمنع الضرر العام ونحو ذلك من كل ما يجعل للحق صلة اجتماعية في الإسلام .

وقد ذكرت المادة (١١٩٩) من المجلة مبدأ نظرية التعسف : « لا يمنع أحد من التصرف في ملكه أبداً إلا إذا كان ضرره لغيره فاحشاً ، كما يأتي تفصيله في الفصل الثاني » وفي هذا الفصل وضع معيار الضرر الفاحش (في المادة ١١٩٩) وفي المادة (١٢٠٠) ذكرت أمثلة عديدة عن الأضرار .

٤ - نظرية الظروف الطارئة :

لقد نشأت هذه النظرية في نطاق القضاء الإداري ، ثم تسللت إلى ميدان الحقوق الخاصة . وهي في أصلها تقوم على فكرة إسعاف المتعاقد للمنكوب الذي اختل توازن عقده اقتصادياً مما قد يجره إلى الهلاك ، فهي تهدف إلى تحقيق العدالة في العقود ورفع الغبن منها^(١) . والمصدر الأساسي لهذه النظرية هو مبدأ العدالة الذي يقضي بإزالة الإرهاق عن المدين ، بسبب ظرف طارئ ، لم يكن يتوقعه عند إبرام العقد^(٢) .

وقد أخذ بهذه النظرية القانون المدني السوري ، فنص في المادة ١٤٨ / ١ على ما يلي : « العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقرها القانون » .

وأردفتها الفقرة الثانية من هذه المادة ، فقررت « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وإن لم يصبح مستحيلًا ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام

(١) راجع كتابنا نظرية الضرورة الشرعية : ص ٣١٠ وما بعدها .

(٢) نظرية الظروف الطارئة للدكتور الترماني : ص ١٠٦ .

المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك» .

فالنص الثاني يدل على أنه، وإن كان الأصل العام في القواعد المدنية التقليدية أن العقد شريعة المتعاقدين (أو أن المتعاقد عند عقده)، وأنه ليس للقاضي أن يعدل في العقد، فإن وجود الطرف الطارئ يجيز للقاضي إجراء هذا التعديل .

وبذلك قيد القانون من سلطان الإرادة عند تنفيذ العقد، فجعل نظرية الحوادث الطارئة وقت هذا التنفيذ تقابل نظريتي الاستغلال والإذعان وقت تكوين العقد .

وقد أخذ القانون المدني بهذه النظرية استناداً إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية، وهي - كما قال الدكتور السنهوري^(١) - نظرية فسيحة المدى، خصبة النتائج، تتسع لنظرية الظروف الطارئة؛ لأن الضرورة توجب إزالة الضرر، ولها تطبيقات كثيرة منها نظرية العذر في فسخ الإيجار، وإتقاص الثمن بسبب الجوائح في بيع الثمار.

أما فسخ الإجارة بالأعذار، فقد أجازها فقهاء الحنفية، فقالوا: تفسخ الإجارة بالأعذار؛ لأن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر؛ لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد. والعذر: هو كل ما يكون أمراً عارضاً، يتضرر به العاقد في نفسه أو ماله مع بقاء العقد، ولا يندفع بدون الفسخ. والأعذار ثلاثة أنواع^(٢):

أ - عذر من جانب المستأجر: كإفلاسه أو انتقاله من حرفة إلى أخرى؛ لأن

(١) الوسيط: ص ٤٧، ٨١، نظرية العقد: ١/٦٩٦، مصادر الحق: ١/٩٦، مجلة القانون والاقتصاد عام ١٩٣٦، السنة السادسة، للسنهوري.

(٢) المبسوط للرخسي: ٢/١٦، مختصر الطحاوي: ص ١٣٠، البدائع: ٤/١٩٧، الفتاوى الهندية: ٤/١٩٨، ٤٥٨، ٤٦٣، تبين الحقائق: ٥/١٤٥، رد المحتار: ٥/٥٥٠.

المفلس أو المنتقل من عمل لا ينتفع به إلا بضرر، فلا يجبر على البقاء في الحرفة الأولى مثلاً.

ب - عذر من جانب المؤجر: كأن يلحقه دين فادح لا يجد طريقاً لوفائه إلا ببيع الشيء المأجور وأدائه من ثمنه، بشرط أن يثبت الدين بالبينة أو الإقرار.

ج - عذر راجع للعين المؤجرة أو الشيء المأجور: كأن يستأجر شخص حماماً في قرية ليستغله مدة معلومة، ثم يهاجر أهل القرية، فلا يجب عليه الأجر للمؤجر. ومثل استئجار مريض لإرضاع طفل، ثم يأبى الصبي لبنها، أو إمساك الثدي، أو تمريض هي، أو يريد أهل الصبي السفر، فامتنعت، كان هذا عذراً في فسخ الإجارة.

وأما إنقاص الثمن بسبب الجوائح^(١) في بيع الثار: فقد قرره فقهاء المالكية والحنابلة^(٢)؛ لأن « النبي ﷺ وضع الجوائح » أو « أمر بوضع الجوائح » وفي رواية: « إن بعث من أخيك تمراً فأصابتها جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق »^(٣).

ومجمل القول: إن فسخ الإجارة بالأعذار، وإنقاص الثمن بالجوائح في بيع الثار ونحوها من الحوادث الطارئة عند فقهاء الإسلام مثل كساد الأوراق النقدية، أو انقطاعها المستوجب لبطلان البيع، تعتبر أمثلة حية لنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، تطبيقاً لمبدأ العدالة، ومراعاة لما يجب من توفر التعادل والتوازن في الالتزامات وتنفيذها^(٤).

(١) الجوائح: هي الآفات التي تصيب الثار، فتهلكها، مثل البرد والقحط والعطش والعفن وأمراض النباتات والزرع ونحوها من الآفات السماوية.

(٢) بداية المجتهد: ١٨٤/٢، القوانين الفقهية: ص ٢٦٢، المنتقى على الموطأ: ٢٣١/٤، الشرح الكبير للدردير: ١٨٢/٣، المغني: ١٠٤/٤، أعلام الموقعين: ٣٣٧/٢ وما بعدها.

(٣) الحديث الأول رواه أحمد والنسائي وأبو داود عن جابر، والأمر بوضع الجوائح رواية مسلم، والرواية الثالثة عند مسلم وأبي داود والنسائي وابن ماجه (نيل الأوطار: ١٧٨/٥، موطأ مالك: ١٢٦/٣، سنن أبي داود: ٢٤٨/٢).

(٤) كتابنا نظرية الضرورة الشرعية: ص ٣٢٤.

٥ - حوالة الدين :

أخذ القانون المدني (في المواد ٣١٥ - ٣٢١) مبدأ حوالة الدين جرياً على سنن التقنيات الحديثة والفقهاء الإسلامي الذي نظم حوالة الدين تنظيمياً محكماً دقيقاً^(١) .

وتم حوالة الدين قانوناً إما باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين ، دون حاجة إلى قبول الدائن ، وإما باتفاق بين الدائن وشخص آخر يتحمل قبله الدين دون حاجة إلى قبول المدين . فإذا تمت الحوالة ، جاز للمدين الجديد أن يتمسك قبل الدائن بالدفوع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها ، ويضمن المدين الأصلي للدائن أن يكون المدين الجديد موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة .

ولم يجز التشريع الروماني حوالة الدين وحوالة الحق ، لتأثره بالنظرية الشخصية في طبيعة الالتزام ، ومقتضاها أن لأحد الطرفين سلطة شخصية على الآخر ، يحق للدائن بموجبها إجبار المدين على إيفاء دينه بالإكراه البدني كالحبس والمضابطة .

ثم اتجه التشريع الألماني إلى الأخذ بالنظرية المادية التي تعتبر الالتزام علاقة مادية بحتة ، فلا تجيز الإجبار ، وإنما يبحث الدائن عن مال المدين ، فإن عثر عليه ، أمكن استيفاء الحق منه بواسطة القضاء .

أما التشريع الإسلامي فقد اعتبر الالتزام في ذاته علاقة مادية إما بمال المكلف كما في المدين ، وإما بعمله كما في الأجير ، ولكن يرافق هذا الالتزام سلطة شخصية تأييداً لتنفيذه ، منعاً من قيام المكلف بإخفاء ماله ، أو امتناعه عن عمله . ويجوز للقاضي الحكم بحبس المدين أو الأجير تعزيراً بناءً على طلب الدائن ، ليحمله على الوفاء بالتزامه . ولا يجوز للدائن أن يمارس شيئاً من هذه الضغوط على المدين بسلطته

(١) الوسيط للسنهوري : ص ٦١ .

الشخصية وإنما من طريق القضاء^(١) .

وقد وقف التقنين المدني المصري والسوري موقف الاعتدال في النظرية الشخصية والنظرية المادية للالتزام ، فلم يفرق في الأخذ بالمذهب المادي ، ولكنه من جهة أخرى سجل ماتم فعلاً من تطور نحو هذا المذهب بحكم تأثير النظريات اللاتينية بالنظريات الجرمانية^(٢) . وهذا هو اتجاه الفقه الإسلامي .

وحالة الدين عند فقهاء الحنفية : هي نقل المطالبة من ذمة المدين إلى ذمة الملتزم^(٣) . وعرفها غير فقهاء الحنفية بأنها عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة^(٤) . فالحوالة عند الحنفية يترتب عليها براءة مؤقتة من الدين ، ويجوز للمحال العودة إلى مطالبة المحيل بالدين في حال إفلاس المحال عليه في رأي صاحبي أبي حنيفة ، أو في حال موت المحال عليه مفلساً ، أو عند جحوده أو انكاره الحوالة . وعند غير الحنفية يبرأ المحيل براءة نهائية بالحوالة ، إلا إذا وجد تغير كإحالة على مفلس ، فيجوز عند المالكية الرجوع على المحيل . كما يجوز الرجوع عندهم حال اشتراط يسار المحال عليه .

وتنعتقد الحوالة عند الحنفية : بإيجاب وقبول ، إيجاب من المحيل ، وقبول من المحال والمحال عليه ، أي أنه لا بد من رضا المحيل والمحال عليه . أما رضا المحيل فطلوب ؛ لأن ذوي المروءات قد يأنفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين . وأما رضا المحال فلا بد منه ، لأن الدين حقه ، وهو في ذمة المحيل ، والدين هو الذي ينتقل بالحوالة ، والذمم متفاوتة في حسن القضاء والمطل ، فلا بد من رضاه ، وإلا لزم الضرر بإلزامه اتباع من لا يوفيه .

وأما رضا المحال عليه فضروري لأنه الذي يلزمه الدين ، ولا لزوم إلا بالتزامه ،

(١) المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي للأستاذ الزرقاء : ص ٢٨/٥٥ .

(٢) الوسيط للسنهوري : ص ٨٢ .

(٣) فتح القدير مع العناية : ٤٤٣/٥ ، الدر المختار : ٣٠٠/٤ ، مجمع الضمانات : ص ٢٨٢ .

(٤) الشرح الكبير للدردير : ٣٢٥/٣ ، مغني المحتاج : ١٩٣/٢ ، المغني : ٥٢٨/٤ .

وكونه مديناً لا يمنع من تغير صفة الالتزام ؛ لأن الناس يتفاوتون في اقتضاء الدين سهولة ويسراً ، أو صعوبة وعسراً .

وقال الحنابلة والظاهرية : يشترط رضا المحيل فقط ، وأما المحال والمحال عليه فيلزمها قبول الحوالة ، عملاً بالأمر الوارد في الحديث النبوي المفيد للوجوب ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « مطل الغني ظلم ، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبّع »^(١) وفي رواية : « ومن أحيل على مليء فليحتل » .

وقال المالكية في المشهور عندهم ، والشافعية في الأصح عندهم : يشترط لصحة الحوالة رضا المحيل والمحال فقط ؛ لأن للمحيل إيفاء الحق من حيث شاء ، فلا يلزم بجهة معينة . وحق المحال في ذمة المحيل ، فلا ينتقل إلا برضاه ؛ لأن الذمم تتفاوت في الأداء والقضاء .

ولا يشترط عند هؤلاء رضا المحال عليه ، لأنه محل الحق والتصرف ، ولأن الحق للمحيل فله أن يستوفيه بغيره ، والأمر هو مجرد تفويض بالقبض فلا يعتبر رضا من عليه ، كما لو وكل إنسان غيره بقبض دينه^(٢) .

والخلاصة : أن رضا المحيل مشروط في كل المذاهب ، وأما رضا المحال والمحال عليه ، ففيه اختلاف اجتهادي بين المذاهب .

نوعا الحوالة :

الحوالة نوعان متميزان بحسب صفة المحيل ، فإن كان المحيل هو الدائن فهي حوالة حق ، وإن كان المحيل هو المدين فهي حوالة دين .

(١) المطل بالدين : الماطلة به ، والمليء : الغني ، وأصله الواسع الطويل ، والحديث رواه الجماعة عن أبي هريرة .
والرواية الثانية « فليحتل » عند أحمد (نيل الأوطار : ٢٣٦/٥) .

(٢) سيأتي تفصيل القول في بحث الحوالة .

فحوالة الحق : هي نقل الحق من دائن إلى دائن ، أو حلول دائن محل دائن بالنسبة للمدين . فإذا تبدل دائن بدائن في حق مالي متعلق بالذمة ، لابعين ، كانت الحوالة حوالة حق . والدائن فيها هو المحيل ، إذ هو يحيل غيره ليستوفي حقه .

وحوالة الدين : هي تبدل المدين بالنسبة للدائن أي تبدل مدين بمدين ، والمحيل فيها هو المدين ، إذ هو إنما يحيل على غيره لوفاء دينه ، وهي مشروعة باتفاق العلماء ، عملاً بالحديث النبوي المار ذكره .

وحوالة الحق جائزة أيضاً باتفاق المذاهب الأربعة ، وليس فقط عند غير الحنفية ، كما فهم بعض أساتذة القانون والشريعة^(١) ؛ لأن حوالة الدين عند الحنفية والشيعة نوعان : مطلقة ومقيدة . وأما غير الحنفية فلم يتصوروا غير الحوالة المقيدة .

أما الحوالة المطلقة : فهي أن يحيل شخص غيره بالدين على فلان ، ولا يقيد بالدين الذي عليه ، ويقبل المحال عليه . نصت المادة (٦٧٩) من المجلة على ذلك بقولها : « الحوالة المطلقة : هي التي لم تقيد بأن تعطى من مال المحيل الذي هو عند المحال عليه » .

وأما الحوالة المقيدة : فهي أن يحيل شخص غيره على آخر ، ليستوفي منه دينه ، ويقيد بالدين الذي له عليه . جاء في المادة (٦٧٨) من المجلة : « الحوالة المقيدة : هي الحوالة التي قيدت بأن تعطى من مال المحيل الذي هو في ذمة المحال عليه ، أو في يده » .

والحوالة المقيدة المشروعة باتفاق الفقهاء تتضمن حوالة حق ، إذ يكون الإنسان فيها مديناً لشخص ، ودائناً لآخر ، فيحيل دائنه على مدينه ليقبض ذلك الدائن المحال دين المحيل من مدينه المحال عليه ، فهي حوالة حق ودين في وقت واحد .

(١) انظر الوسيط للسهوري : ص ٦١ ، ٦٤ .

أما الحوالة المطلقة فهي حوالة دين فقط ، إذ يحيل بها المدين دائنه على آخر ، فيتبدل فيها المدين ، ويبقى الدائن هو نفسه .

ومن صور حوالة الحق ضمن الحوالة المقيدة : أن يحيل البائع دائنه على المشتري بالثمن ، ويحيل المرتن على الراهن بالدين ، وتحيل الزوجة على زوجها بالمهر . ويحيل صاحب الحق في ريع الوقف دائنه على ناظر الوقف في حقه من الغلة بعد حصولها في يد الناظر . ويحيل الغانم حقه من الغنمة المحرزة على الإمام . ففي كل هذه الأمثلة حل دائن جديد - وهو المحال - محل الدائن الأصلي ، وهو البائع ، أو المرتن ، أو الزوجة ، أو مستحق غلة الوقف ، أو الغانم .

هذا ويرجع في أحكام الحوالة الأخرى من أهلية وتنظيم علاقات أطراف الحوالة إلى كتب الفقه الإسلامي ، فهي غنية بالمراد .

٦- لا تركة إلا بعد سداد الدين :

وضع التقنين المدني السوري وأصله المصري نظاماً لتصفية التركة مؤلفاً من ٣٩ مادة (المواد ٨٣٦ - ٨٧٥) مستمداً من أحكام الفقه الإسلامي^(١) ، حتى يتسلم الورثة تركة المتوفى خالية من الديون ، ما دامت التركة لا تنتقل إليهم إلا بعد سدادها^(٢) .

وأصل هذه القاعدة الأول ما تضمنته آيات المواريث في أربعة مواطن في الآيتين ١١ - ١٢ من سورة النساء : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ ذَيْنَ ﴾ أي أن توزيع الإرث بين المستحقين على النحو الذي وضعه القرآن الكريم يكون عقب إيفاء الديون المتعلقة بالتركة ، وتنفيذ الوصايا المشروعة .

وقد رتب الفقهاء الحقوق المتعلقة بالتركة على النحو التالي^(٣) :

- (١) الوسيط للسنةوري : ص ٦٢ ، مصادر الحق للسنةوري : ٨٧/٥ .
- (٢) وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري الجديد على نظام المواريث في المواد ٢٦٠ - ٣٠٨ .
- (٣) شرح السراجية : ص ٣ - ٧ ، نظام المواريث للشيخ عبد العظيم فياض : ص ٢٨ وما بعدها ، أحكام المواريث للشيخ عيسوي : ص ١١ وما بعدها .

- ١- نفقات التكفين والتجهيز للدفن بلا تبذير ولا تقتير.
- ٢- قضاء ديون المدين من جميع مال التركة .
- ٣- تنفيذ الوصايا الموصى بها قبل الموت من ثلث التركة .
- ٤- توزيع الباقي من المال بين الورثة الذين ثبت إرثهم بالقرآن والسنة وإجماع الأمة .

أما قانون الأحوال الشخصية السوري ، فقد عدل عن هذا الترتيب إلى ما ذهب إليه الإمام أحمد بن حنبل والظاهرية وجماعة كما نصت المادة (٢٦٢) :

١- يؤدي من التركة بحسب الترتيب الآتي :

أ- ما يكفي لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن بالقدر المشروع .

ب- ديون الميت .

ج- الوصية الواجبة .

د- الوصية الاختيارية .

هـ- الموارث بحسب ترتيبها في هذا القانون .

٢- إذا لم توجد ورثة قضي من التركة بالترتيب الآتي :

أ- استحقاق من أقرله الميت بنسب على غيره .

ب- ما أوصى به فيما زاد على الحد الذي تنفذ فيه الوصية .

٣- إذا لم يوجد أحد من هؤلاء آلت التركة ، أو ما بقي منها إلى الخزانة العامة .

وبما أن قانون الأحوال الشخصية هو المعمول به في سورية ، فتطبق على التركة أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بتعيين الورثة ، وتقدير أنصبتهم ، وبيان وقت انتقال التركة إلى الورثة . وقد أخذ التقنين المدني فيما نص عليه بالمبادئ الأساسية المعمول بها في الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة وذلك في انتقال أموال التركة إلى الورثة ، وفي

حق الورثة في التصرف في هذه الأموال ، وفي حقوق الدائنين المتعلقة بالتركة وكيفية سداد الديون ، فنصت المادة (٨٣٦) من القانون المدني على ذلك : « أ - تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأن الإرث والانتقال » .

لكن متى يتم انتقال التركة إلى الورثة ؟ هل يكون وقت موت المورث ، أو تبقى التركة على ملك الميت حتى تسدد الديون ؟

أخذ التقنين المدني بالمبدأ الفقهي الإسلامي الذي يقرر أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ، مع تعلق حقوق الدائنين بها ، فتنقل هذه الأموال مثقلة بحق عيني هو أقرب إلى أن يكون حق رهن ، ولكنه رهن مصدره القانون^(١) . وهذا هو مذهب الشافعية .

وللفقهاء آراء ثلاثة في هذا الموضوع أي تحديد وقت انتقال التركة إلى الورثة أو بيان المراد من « لا تركة إلا بعد سداد الدين » .

الرأي الأول للمالكية : تبقى أموال التركة على ملك الميت بعد موته إلى أن يسدد الدين ، سواء أكان الدين مستغرقاً للتركة ، أم لم يكن مستغرقاً لها ، عملاً بقوله تعالى : ﴿ من بعد وصية يوصي بها أو دين ﴾ . وعليه يكون نداء أعيان التركة بزيادتها المتولدة منها ملكاً للميت ، كما أن نفقات أعيان التركة من حفظ وصيانة ومصروفات حمل ونقل وطعام حيوان تكون على التركة .

الرأي الثاني للشافعية ، والحنابلة (في أشهر الروايتين) : تنتقل أموال التركة إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث ، مع تعلق الدين بها ، كما يتعلق الرهن ، سواء أكان الدين مستغرقاً للتركة أو غير مستغرق لها . وعليه يكون نداء أعيان التركة

(١) مصادر الحق للسنهوري : ٨٨/٥ ، ط الثالثة .

للورثة ، وعليهم ما تحتاجه من نفقات ، عملاً بالحديث النبوي : « من ترك مالاً أو حقاً فلورثته » .

الرأي الثالث للحنفية : يميز بين ما إذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، أو كانت غير مستغرقة (أي محاطة) بالدين . فإن استغرق الدين أموال التركة ، تبقى أموال التركة على ملك الميت ، ولا تنتقل إلى ملك الورثة . وأما إن كان الدين غير مستغرق ، فالرأي الراجح أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث مع تعلق الدين بهذه الأموال .

فلا احتمال الأول من مذهب الحنفية يوافق مذهب المالكية ، والاحتمال الثاني يوافق مذهبي الشافعية والحنابلة .

وأما تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الدين : فإنه يجوز في القانون المدني ، ولكن التصرف خاضع لحقوق الدائنين ، فلهم تتبع العين المتصرف فيها في يد الغير ، بعد تأشيرهم بالدين أمام اسم المورث في سجل عام تدون فيه أسماء المورثين ، وإخضاع التركة لنظام التصفية المنصوص عليه في القانون ، يقوم مقام التأشير بالدين .

وللفقهاء آراء في تصرف الورثة :

قال الحنفية والشافعية ، والمالكية (في رأي عندهم) : يكون تصرف الوارث في أموال التركة المدينة باطلاً . والرأي الثاني عند المالكية يجيز تصرف الوارث في التركة المدينة قبل أداء الدين إذا لم يتضرر الدائن به .

وقال الحنابلة (في أشهر الروايتين) : يصح تصرف الورثة في التركة قبل سداد الدين ، ولزمهم أداء الدين ، فإن أدوه نفذ ، وإن لم يؤديه فسخ .

بيان بعض الأحكام المأخوذة من الفقه الإسلامي :

أخذ التقنين المدني السوري والمصري طائفة من الأحكام من الفقه الإسلامي ، دون تقييد بمذهب معين ، وهذا صنيع حسن ، إذ الأخذ بأي مذهب إسلامي أفضل بكثير من أخذه من أي مصدر أجنبي . وسأذكر بعض هذه الأحكام :

أولاً- في عقد البيع :

وردت أحكام كثيرة في تنظيم عقد البيع في التقنين المدني مستمدة من الفقه الإسلامي ، منها :

١- أحكام مجلس العقد :

نصت المادة (٩٥) على ما يلي : « ١- إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد للقبول ، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً ، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التلفون أو بأي طريق مماثل .

٢- ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فوراً ، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد » .

دلت هذه المادة على أحكام تتعلق بمجلس العقد : وهي جواز الرجوع عن الإيجاب الموجه قبل صدور القبول الفوري من القابل . ولا يشترط القبول الفوري ، وإنما يكفي حدوثه مادام مجلس العقد قائماً بأن لم يحدث إعراض عنه أو انشغال بغيره . وهذه الأحكام تتفق مع ما عرفناه من مذهب الحنفية في تكوين العقد .

قال الدكتور السهوري : ولا شك في أن الوضع على هذا الأساس المستمد من الشريعة الإسلامية قد أصبح وضعاً عملياً معقولاً ، ولم تعد الفورية في القبول لازمة ،

بل يجوز فيه التراخي مدة معقولة لا ينشغل فيها المتعاقدان بغير العقد، ويبقى فيها الموجب على إيجابه . وهذا هو في نظرنا خير تفسير لقواعد الفقه الإسلامي في مجلس العقد^(١) .

٢- البيع بالصفة أو بالعينة (النموذج) :

أجاز القانون المدني البيع بالصفة، إذا ذكرت أوصاف المبيع الأساسية، فنصت المادة (٢٨٧) على ما يلي : « ١- يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع عالماً كافياً . ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه . » ونصت المادة (٣٨٨) على جواز البيع بالنموذج : « إذا كان البيع (بالعينة) وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها . »

وهذا مأخوذ من الفقه الإسلامي الذي يشترط أن يكون محل العقد معروفاً لطرفيه ومعيناً، بحيث لا يكون فيه جهالة تؤدي إلى الغرر والنزاع بين المتعاقدين . وهذا شرط متفق عليه بين الفقهاء^(٢) .

وتحصل المعرفة برؤية المبيع حال العقد، أو رؤية بعضه (رؤية الأنموذج) أو بيان أوصافه الأساسية . وقد أجاز البيع بالصفة فقهاء الحنفية والمالكية، والحنابلة (في الأظهر) والظاهرية، والزيدية والإمامية وفي قول عند الإباضية^(٣) .

جاء في المادة (٣٢٠) من المجلة : « من اشترى شيئاً ولم يره، كان له الخيار إلى أن يراه، فإذا رآه : إن شاء قبله، وإن شاء فسخ البيع، ويقال لهذا الخيار : خيار الرؤية » .

(١) الوسيط للسهوري : ص ٢١٥ .

(٢) الأموال ونظرية العقد في الفقه لأستاذنا الدكتور محمد يوسف موسى : ص ٣١١ وما بعدها .

(٣) سيأتي مزيد بحث لذلك في عقد البيع .

وفي المادة (٣٢٤) : « الأشياء التي تباع على مقتضى أنموذجها تكفي رؤية الأنموذج منها فقط » .

ويثبت للمشتري عند فقهاءنا حق خيار الوصف بعد رؤية المبيع ، فإن شاء أنفذ البيع ، وإن شاء رده ، سواء أكان موافقاً للصفة أم لا ، وهذا لا يتفق مع القانون . وقال المالكية ورأيهم هو المتفق مع القانون^(١) : إذا جاء المبيع على الصفة صار العقد لازماً . لكن القانون رغم محاولته التوفيق بين خيار الرؤية المقرر في الشريعة وبين مبادئ القانون العامة ، فقد خالف الفقه الحنفي في الاكتفاء بوصف المبيع وصفاً كافياً ، وفي إسقاط حق المشتري إذا ذكر أنه عالم بالمبيع ، وفي حصر حق المشتري بإبطال البيع عن طريق القاضي ، لا فسخه بدون تقاض أو تراض .

٣- تبعة هلاك المبيع :

يتحمل البائع تبعة هلاك المبيع قبل التسليم إذا كان الهلاك بسبب أجنبي لا يد للبائع فيه . وينفسخ البيع حالة الهلاك الكلي . ويجوز للمشتري طلب فسخ البيع حالة الهلاك الجزئي . وهذا هو المنصوص عليه في المادتين (٤٠٥ ، ٤٠٦) من القانون المدني .

نصت المادة (٤٠٥) على ما يلي : « إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع ، واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع » .

ونص المادة (٤٠٦) هو : « إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسلم لتلف أصابه ، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن » .

(١) قال فقهاء القانون : البيع بالعينة : هو بيع بات من الوقت الذي اتفق فيه المتعاقدان على النموذج الذي تم البيع على أساسه ، راجع العقود المسماة للدكتور عبد المنعم البدرأوي : ص ١٦١ ، ط أولى .

وهذه الأحكام في مجملها مستقاة من الفقه الإسلامي ، فقد قرر فقهاء الحنفية أن المبيع إذا هلك كله أو بعضه قبل التسليم ، فإن البائع (أي المدين) الذي استحال عليه الوفاء بالتزامه بالتسليم هو الذي يتحمل تبعه الهلاك ، وينفسخ البيع في حالة الهلاك الكلي أو فيما يقابل الجزء التالف في حالة الهلاك الجزئي . وقد نصت على ذلك المادة (٢٩٣) من مجلة الأحكام العدلية ونصها : « المبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري » .

وإذا كان ذلك هو المقرر في عقد البيع ، وهو أيضاً المقرر في عقد الإيجار بأن الهلاك على المدين (المؤجر في إجارة المنافع ، والأجير في إجارة الأعمال) ، فإن الفقه الإسلامي يكون قد أخذ بنظرية تحمل التبعة المعروفة لدى القانونيين^(١) .

٤ - حق البائع في حبس المبيع :

أجاز القانون المدني للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع إلى المشتري رغم حلول أجله ، إذا لم يقيم المشتري بدفع الثمن كله أو بعضه ، وذلك هو الحق في حبس المبيع ، نصت المادة (٤٢٧) على ذلك فيما يأتي : « إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال ، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له ، ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة ، هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلاً بعد البيع » .

وإعطاء البائع حق الحبس مبدأ مقرر في الفقه الإسلامي ، قال الحنفية : يثبت للبائع حق حبس المبيع عن المشتري إلى أن يستوفي ما وجب تعجيله ، سواء أكان كل الثمن أو بعضه . ولا يسقط حق الحبس حتى ولو قدم المشتري رهناً أو كفيلاً بالثمن^(٢) .

وذكرت المجلة المواد المتعلقة بحبس المبيع (من ٢٧٨ - ٢٨٤) ، نصت المادة (٢٧٨)

(١) راجع رسالة (نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي) للدكتور زكي عبد البر: ص ١٤٤ وما بعدها، وكتابنا

نظرية الضمان: ص ١٤٨، ١٦٥، ١٦٩، العقود المسماة للدكتور البدرابي: ١/٤٢٢ وما بعدها.

(٢) المبسوط: ١٣/١٩٢، البدائع: ٥/٢٤٩، رد المحتار: ٤/٤٤، عقد البيع للأستاذ الزرقاء: ص ٧٧، العقود المسماة

للبدراوي: ١/٤٢٠.

على ما يلي : « في البيع بالثمن الحال أعني غير المؤجل ، للبائع أن يحبس المبيع إلى أن يؤدي المشتري جميع الثمن » .

٥- الغبن في بيع عقار القاصر :

إذا اشتمل بيع عقار لغير كامل الأهلية بسبب الصغر أو الجنون مثلاً على غبن فاحش يزيد على الخمس ، جاز للبائع طلب تكلمة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل ، بأن صدر البيع من ناقص الأهلية نفسه^(١) ، وهذا نص المادة (٣٩٣ مدني) :

« ١- إذا بيع عقار تملك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكلمة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل .

٢- ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع » .

أخذ هذا الحكم من الفقه الإسلامي^(٢) ، فقد أجاز فقهاء الحنفية فسخ البيع بسبب الغبن الفاحش وحده بدون أن ينضم إليه تغرير ، وذلك في أحوال هي : « حقوق اليتيم والوقف ، وبيت المال » .

وضابط التمييز بين الغبن اليسير أو القليل وبين الغبن الفاحش أو الكثير هو أن الغبن اليسير : ما يدخل تحت تقويم المقومين . والغبن الفاحش : هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين^(٣) .

لكن المادة (١٦٥) من المجلة قدرت الغبن بما يأتي ، وهو رأي متأخري فقهاء الحنفية : « الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض ، والعشر في

(١) راجع العقود المسماة للدكتور البدرابي : ٢١٨/١ وما بعدها .

(٢) الوسيط للسهوري : ص ٤٦ .

(٣) البدائع : ٣٠/٦ .

الحيوانات ، والخمس في العقار أو زيادة » . ولا مانع فقهاً من تقدير الغبن الفاحش بما أخذ به القانون أي بما يزيد عن الخمس وهو رأي نصر بن يحيى من الحنفية^(١) .

٦- ضمان العيوب الخفية ، وضمان التعرض والاستحقاق :

يلتزم البائع بضمان العيب القديم الذي قد يوجد في المبيع ، لأن عقد البيع يقتضي بذاته سلامة المبيع من العيوب ، وسلامته من حقوق الغير (ضمان الدرك^(٢)) أو ضمان التعرض والاستحقاق) ، دون حاجة إلى شرط ؛ لأن العيب ضرر لا يقتضيه العقد ، والضرر مرفوع ، عملاً بالحديث النبوي : « لا ضرر ولا ضرار » ، ولأن المفروض في البيع سلامة المبيع من كل علاقة للغير به .

فإذا وجد عيب في المبيع جاز فسخ العقد ، فيتخير المشتري بين أمرين : إن شاء فسخ البيع ورد المبيع ، وإن شاء أمسكه بكل الثمن ، وليس له إسقاط شيء من الثمن دون رضا البائع .

وإذا ظهر كون المبيع مستحقاً لغير البائع أصبح البيع متوقفاً على إجازة المستحق ، فإن أجاز البيع بقي المبيع للمشتري ، ويأخذ المستحق الثمن من البائع . وإن لم يجز المستحق البيع انفسخ البيع السابق ، ويلتزم البائع للمشتري رد الثمن^(٣) .

وقد أخذ القانون المدني أحكام ضمان العيوب الخفية ، من الفقه الإسلامي ، كما أنه من حيث المبدأ أخذ أحكام ضمان التعرض والاستحقاق من هذا الفقه أيضاً^(٤) مع مراعاة المبادئ القانونية التي تجيز الفوائد عن قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، وتوجب تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .

(١) البدائع : المرجع السابق .

(٢) ضمان الدرك : هو التزام سلامة المبيع مما يمكن أن يلحقه ويدركه من حقوق لغير البائع في عينه ، وتحمل تبعه الاستحقاق عند ظهور حق فيه لأحد .

(٣) عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٩٧ - ١١٦ .

(٤) راجع العقود للمامة للدكتور البدرابي : ٤٣٣/١ وما بعدها .

ونصت المواد (٤١٥- ٤١٩) مدني على ضمان العيوب الخفية ، كما نصت المواد (٤٠٧- ٤١٤) على ضمان التعرض والاستحقاق .

أما المادة (٤١٥) فهي : « ١- يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل المشتري وجودها فيه ، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد ، أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له ، ويضمن البائع هذا العيب ، ولو لم يكن عالماً بوجوده .

٢- ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي ، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه . »

وقد نصت المواد (٣٣٦- ٣٥٥) من مجلة الأحكام العدلية على أحكام ضمان العيوب الخفية تحت عنوان (خيار العيب) . أما المادة (٣٣٦) فهي : « البيع المطلق يقتضي سلامة المبيع من العيوب يعني أن يبيع المال بدون البراءة من العيوب وبلا ذكر أنه معيب أو سالم ، يقتضي أن يكون المبيع سالماً خالياً من العيب . »

ونص المادة (٣٣٧) هو : « ما يبيع بيعاً مطلقاً إذا ظهر به عيب قديم ، يكون المشتري مخيراً : إن شاء رده ، وإن شاء قبله بثمنه المسمى ، وليس له أن يمسك المبيع ، ويأخذ ما نقصه العيب ، وهذا يقال له خيار العيب . »

وأما المادة (٤٠٧) مدني التي تنص على مبدأ ضمان تعرض الغير في الانتفاع فهي : « يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه ، سواء كان التعرض من فعله هو ، أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد

البيع ، إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه .»

ونصت المادة (٤٠٨) على التزام البائع المزدوج أي المكون من التزامين في حال استحقاق المبيع :

الأول : التزام الدفاع عن المشتري في الدعوى القائمة بينه وبين الغير . والثاني : التزامه بتعويض المشتري إذا لم يمكن توقي الاستحقاق . والالتزام بالضمان : التزام بعمل ، والأصل أنه يجب تنفيذه عيناً ما دام التنفيذ العيني ممكناً . فإذا لم يمكن التنفيذ العيني لم يكن أمام البائع سوى التنفيذ بطريق التعويض .

ثانياً - في عقد الإيجار :

اقتبس التقنين المدني من الفقه الإسلامي أحكام بعض أنواع الإيجار ، وبعض أحكام إجارة المنافع ، منها ما يأتي :

١- إيجار الأراضي الزراعية :

ورد النص على إيجار الأراضي الزراعية في المواد التالية (٥٧٧ - ٥٨٥) حدد فيها التزامات المؤجر بتسليم أدوات الزراعة لإقامة المباني والتزام المستأجر لاستغلال الأرض طبقاً لمقتضيات الاستغلال المألوف ، وبالقيام بإجراءات الإصلاح التي يقتضيها الانتفاع المألوف بالأرض المؤجرة وتحديد مدة الإيجار بالدورة الزراعية السنوية وبقاء المستأجر في العين المؤجرة عند انتهاء الإيجار بسبب قاهر حتى تنضج الغلة بالأجر المناسب . وهذا النوع من العقود إجارة بالنقود في الذمة أو معينة .

وهي أحكام مقررة في الفقه الإسلامي وقد ورد النص على بعضها في المجلة ، نصت المادة (٥٢٤) مجلة على ضرورة تعيين نوع الزرع : « من استأجر أرضاً ولم يعين ما يزرعه فيها ولم يعمم على أن يزرع ما شاء ، فإجارته فاسدة ، ولكن لو عين قبل الفسخ ، ورضي الآخر تنقلب إلى الصحة » .

ونصت المادة (٥٢٥) على الدورة الزراعية: « من استأجر أرضاً على أن يزرعها ما شاء فله أن يزرعها مكرراً في ظرف السنة صيفياً وشتائياً ».

ونصت المادة (٥٢٦) على بقاء المستأجر في الأرض بعد انتهاء العقد: « لو انقضت مدة الإيجار قبل إدراك الزرع فلمستأجر أن يبقي الزرع في الأرض إلى إدراكه ، ويعطي أجرة المثل ».

٢- هلاك الزرع في العين المؤجرة :

نصت المادة (٥٨٣) مدني على أن هلاك الزرع يسوغ طلب إسقاط الأجرة :

« ١- إذا بذر المستأجر الأرض ، ثم هلك الزرع كله قبل حصاده بسبب قوة قاهرة جاز للمستأجر أن يطلب إسقاط الأجرة .

٢- أما إذا لم يهلك إلا بعض الزرع ، ولكن ترتب على الهلاك نقص كبير في ريع الأرض كان للمستأجر أن يطلب إتقاص الأجرة .

٣- وليس للمستأجر أن يطلب إسقاط الأجرة أو إتقاصها إذا كان قد عوض عما أصابه من ضرر بما عاد عليه من أرباح في مدة الإجارة كلها أو بما حصل عليه من طريق التأمين أو من أي طريق آخر » .

وهذا النص تطبيق لأثر القوة القاهرة (الآفة السماوية) المبني على نظرية الضرورة الشرعية والذي يترتب عليه سقوط الالتزام بدفع المقابل (الأجرة أو الثمن) إذا تلف الشيء المعقود عليه . قال الحنفية : إذا انقطع الماء عن الطاحون مدة شهر مثلاً ، يسقط عن المستأجر أجر تلك المدة^(١) ، وجاء في الحديث النبوي : « رأيت إن منع الله الثمرة فم يأخذ أحدكم مال أخيه »^(٢) .

(١) راجع كتابنا نظرية الضمان : ص ١٦٤ ، وكتابنا نظرية الضرورة الشرعية : ص ٣٢٨ وما بعدها .

(٢) أخرجه البخاري ومسلم عن أنس بلفظ : « إذا منع الله الثمرة ، فم يستحل مال أخيك » (نيل الأوطار :

٣- غرس الأشجار في العين المؤجرة :

ورد النص على هذه القضية في المادة (٥٥٩) مستمداً من الفقه الإسلامي ، وقد تضمنت الفقرة الأولى إلزام المؤجر نفقة ما ترتب على البناء أو الغرس من تحسينات إذا حدث ذلك بموافقة المؤجر ، وتضمنت الفقرة الثانية ما يلي :

« ٢- فإذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون موافقة المؤجر ، كان له أيضاً أن يطلب من المستأجر إزالتها ، وله أن يطلب فوق ذلك تعويضاً عن الضرر الذي يصيب العقار من هذه الإزالة ، إن كان للتعويض مقتض .»

وهذا الحكم مقتبس من الفقه الإسلامي ، فقد ألزم فقهاء الحنفية المستأجر بعد انقضاء مدة الإيجار بقلع الغراس وتسليم الأرض فارغة^(١) . وجاء في المادة (٥٣١) من المجلة ما يؤيده : « لو أحدث المستأجر بناء في العقار المأجور أو غرس شجرة ، فالأجر مخير عند انقضاء مدة الإجارة إن شاء قلع البناء والشجرة ، وإن شاء أبقاها ، وأعطى قيمتها كثيرة كانت أو قليلة .» ونصت المادة (٥٣٢) بعدها على ضمان الضرر : « إزالة التراب والزبل الذي يتراكم في مدة الإجارة والتطهير عنها على المستأجر .»

٤- المزارعة :

المزارعة عبارة عن عقد الزراعة ، يبيع المنتج ، وهو إجارة الأرض ببعض ما يخرج منها . وهو عقد مقرر في الفقه الإسلامي ، أخذت منه أحكامه المعمول بها في القانون المدني (في المواد ٥٨٦-٥٩٤) .

ونص المادة (٥٨٦) هو ما يلي : « يجوز أن تعطى الأرض الزراعية والأرض المغروسة بالأشجار مزارعة للمستأجر في مقابل أخذ المؤجر جزءاً معيناً من المحصول .»

(١) اللباب في شرح الكتاب للميداني : ٩٠/٢ .

قال الحنفية^(١) : يصح استئجار الأرضين للزراعة على أي مدة كانت طال أو قصرت ، لأن المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوماً .

٥- انقضاء الإيجار بموت المستأجر :

ورد النص على انتهاء عقد الإيجار بالموت في المادة (٥٦٨) مدني وما بعدها :

« ١- لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر .

٢- ومع ذلك إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم ، أو أصبح الإيجار مجاوزاً حدود حاجتهم . وفي هذه الحالة يجب أن تراعى مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة في المادة (٥٣١) ، وأن يكون طلب إنهاء العقد في مدة ستة أشهر على الأكثر من وقت موت المستأجر .»

ونص المادة (٥٦٩) هو : « إذا لم يعقد الإيجار إلا بسبب حرفة المستأجر أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ثم مات ، جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا إنهاء العقد .»

دل النص على أنه لا ينتهي عقد الإيجار بموت المؤجر أو المستأجر عملاً بما قرره جمهور فقهاء الإسلام غير الحنفية ، واستثنى النص حالتين ينقضيهما الإيجار بموت المستأجر هما :

١- حالة صيرورة أعباء العقد أثقل من أن تتحملها موارد ورثة المستأجر ، أو أن الإيجار أصبح يجاوز حدود حاجتهم .

٢- إذا كان الإيجار قد عقد بسبب حرفة المستأجر كعيادة طبيب أو صيدلية .

(١) الباب في شرح الكتاب : ٨٨/٢ .

ويمكن تسويةها بما قرره الحنفية من انتهاء الإجارة بموت أحد العاقدين .

٦- انتهاء الإيجار للعدر:

أخذ المشرع المدني عن الفقه الإسلامي فكرة فسخ الإيجار للعدر، فنص في المادة (٥٧٥) على أنه :

« ١- إذا كان الإيجار معين المدة، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر، أو في أثناء سريانه مرهقاً، على أن يراعي من يطلب إنهاء العقد مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة بالمادة (٥٣١)، وعلى أن يعرض الطرف الآخر تعويضاً عادلاً.

وهذا النص يشير إلى عذر خاص بالمستأجر، أو المؤجر، يجوز طلب فسخ الإيجار بسبب العذر بشرطين :

١- أن تكون الإجارة معينة المدة، فإن لم تكن معينة جاز لأي طرف إنهاؤها قبل نهاية أي فترة دفعت أجرتها .

٢- أن يطرأ ظرف خطير من شأنه أن يجعل التنفيذ مرهقاً لأحد الطرفين، كأن يترك المحامي الذي استأجر مكتباً مهنته لمرض أو منع قانوني من ممارسة المهنة . أو تطرأ ظروف غير متوقعة تجعل القيام ببناء التزم المؤجر بإقامته مرهقاً له .

وقد عرفنا سابقاً أن الحنفية أجازوا فسخ الإجارة بالأعدار، وإن وقعت الإجارة صحيحة لازمة^(١) .

(١) تحفة الفقهاء : ٥٣٣/٢ .

٧- إيجار الوقف :

نص القانون المدني في المواد (٥٩٥ - ٦٠١) على أحكام إيجار الوقف مستمدة من الفقه الإسلامي ، ومن أخصها ما نصت عليه المادة (٥٩٨) : « لا تصح إجارة الوقف بالغبن الفاحش إلا إذا كان المؤجر هو المستحق الوحيد الذي له ولاية التصرف في الوقف ، فتجوز إجارته بالغبن الفاحش في حق نفسه ، لا في حق من يليه من المستحقين » .

وقد نصت المادة (٢٥٦) من المجلة على مبدأ الفسخ بسبب الغبن : « إذا وجد غبن فاحش في البيع ، ولم يوجد تغرير ، فليس للمغبون أن يفسخ البيع ، إلا أنه إذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم لا يصح البيع ، ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم » .

ثالثاً - حقوق الارتفاق :

حق الارتفاق : هو تكليف مفروض على عقار معين لمنفعة عقار معين جار في ملكية شخص غير مالك العقار الأول (م ٩٦٠) مدني . وهو أحد الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية . والارتفاقات تختلف فيما بينها من حيث موضوعها . فهناك ارتفاق بالمجرى ، وارتفاق بالمرور ، وارتفاق بالصرف ، وارتفاق بالمطل ، ونحو ذلك . والارتفاق إما أن يكون طبيعياً ، أو قانونياً أي يقرره القانون ، كحق الشرب وحق المجرى وحق المسيل وحق المرور .

وقد أخذ القانون المدني بطائفة من أحكام الارتفاق من الفقه الإسلامي من أهمها حق العلو والسفل ، وأحكام الحائط المشترك .

ففي حق العلو والسفل نصت المادة (٩٦٣) مدني على حق إسالة الماء سيلاً طبيعياً من الأراضي العالية . وأوجب القانون بعض التزامات على صاحب السفلى وصاحب العلو في ضمن القيود الواردة على حق الملكية - ملكية الطبقات ، نصت على ذلك المادة (٨١٤) :

« ١ - على صاحب السفلى أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو .
٢ - فإذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفلى .
ويجوز في كل حال لقاضي الأمور المستعجلة أن يأمر بإجراء الترميمات العاجلة » .
ونصت المادة (٤١٥) على التزام صاحب السفلى بإعادة بناء سفله إذا تهدم فإن امتنع
جاز لصاحب العلو إعادة البناء على نفقة صاحبه ، ولصاحب العلو منع صاحب
السفلى من السكنى والانتفاع حتى يؤدي ما في ذمته .

ومضمون هاتين المادتين مستمد من الفقه الإسلامي^(١) .

والقانون المدني بالإضافة إلى المعايير الثلاثة السابقة لبيان حد المشروعية في
استعمال الحقوق (التعسف في استعمال الحق م ٥ و ٦) أقر معياراً آخر لمضار الجوار غير
المألوفة لبيان حد المشروعية في استعمال حق الملكية^(٢) ومنه حق العلو والسفلى ، في
المادة (٧٧٦) ونصها ما يأتي :

« ١ - على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار .

٢ - وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن
تجنبها ، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن
يراعى في ذلك العرف ، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر ،
والغرض الذي خصصت له ، ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون
استعمال هذا الحق » . وهذا النص تطبيق لنظرية التعسف ، وأقرب إلى تكييف الفقه
الإسلامي الذي اعتمد عليه القانون المدني في صياغة نظرية عامة للتعسف .

وقد نصت المجلة على مضار الجوار غير المألوفة في المواد (١١٩٨ - ١٢١٢) ونص

(١) تحفة الفقهاء: ٢/٣١٤ وما بعدها ، الأموال ونظرية العقد ، يوسف موسى: ص ١٨٢ .

(٢) الحقوق العينية الأصلية للأستاذ الدكتور وحيد سوار: ص ٣١٤ وما بعدها .

المادة (١١٩٨) هو ما يلي : « كل أحد له التعلي على حائط الملك وبناء ما يريد ، وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرره فاحشاً . وحددت المادة (١١٩٩) الضرر الفاحش بقولها : « والضرر الفاحش : كل ما يمنع الحوائج الأصلية ، يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى ، أو يضر البناء أي يجلب عليه وهنا ويكون سبب انهدامه . »

وأما الحائط المشترك فقد نص القانون المدني على أحكامه أثناء بيان أحوال الارتفاق القانوني ، فوضع قيوداً على المالك في استعمال أجزاء أرضه ، ففي الحائط المشترك ليس لأحد الجارين أن يفتح فيه مطلات أو مناور؛ لأن هذا يتعارض مع الغرض الذي أعد له الحائط ، وهو ستر كل من العقارين اللذين يفصل بينهما . ويستعمل الحائط المشترك بحسب الغرض الذي أعد له ، وبالقدر الذي يحتمله كالاستناد المؤلف عليه (انظر المادة ٩٧٤ ، و ٩٧٠ وما بعدها) .

وهذا كله من الفقه الإسلامي عملاً بقاعدة : « الضرر يزال »^(١) نصت المادة (١٢٠٢) من المجلة على ذلك فيما يأتي : « رؤية المحل الذي هو مقر النساء كصحن الدار أو المطبخ والبئر يعد ضرراً فاحشاً ، فإذا أحدث رجل في داره شباكاً أو بناءً مجدداً وجعل له شباكاً مطلقاً على المحل الذي هو مقر نساء جاره الملاصق أو الفاصل بينهما طريق ، فإنه يؤمر برفع الضرر ، ويصير ذلك الرجل مجبوراً لدفع هذا الضرر بصورة تمنع وقوع النظر إما ببناء حائط أو وضع طبلية (حاجز خشبي) ، لكن لا يجبر على سد الشباك بالكلية ، كما إذا عمل ساتراً من الأغصان التي يرى من بينها مقر نساء جاره ، فإنه يؤمر بسد محلات النظر ، ولا يجبر على هدمه ، وبناء حائط محله ، انظر المادة ٢٢ وهي « الضرورات تقدر بقدرها » .

(١) كتابنا نظرية الضمان : ص ٢٠٥ .

رابعاً - عقد الهبة :

استمد التقنين المدني في المواد ٤٥٤ - ٤٧٢ الأحكام الموضوعية لعقد الهبة من الفقه الإسلامي ، وعلى التخصيص من كتاب الأحوال الشخصية لقديري باشا حيث قننت هذه الأحكام . ولكن التقنين أدخل تعديلاً جوهرياً على أحكام الفقه الإسلامي فيما يتعلق بالرجوع في الهبة إذ قيد هذا الحق بقيام عذر مقبول (المادة ٤٦٨) ، وضرب أمثلة على العذر المقبول من التقنينات الأجنبية (المادة ٤٦٩) . وذلك مع نقل أحكام موانع الرجوع في الهبة عن الفقه الحنفي^(١) (المادة ٤٧٠) وبذلك أكسب عقد الهبة صلابة وقوة في الإلزام ، على النحو الذي يقرره جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) ، الذين يعدون عقد الهبة عقداً لازماً لا يجوز الرجوع فيه إلا في هبة الوالد لولده ، بعكس الحنفية الذين يعتبرون الهبة عقداً غير لازم ، يجوز فسخه والرجوع عنه^(٢) .

شكلية الهبة : في الناحية الشكلية اشترط القانون لصحة الهبة كونها بسند رسمي ، نصت المادة (٤٥٦) على ما يأتي :

« ١ - تكون الهبة بسند رسمي ، وإلا وقعت باطلة مالم تتم تحت ستار عقد آخر .

٢ - ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض ، دون حاجة إلى سند رسمي . « والسبب في اشتراط الرسمية هو تنبيه الواهب إلى خطورة تصرفه ، وتوفير أسباب الحرية له في عقد ينزل به عن ماله دون مقابل .

كذلك اشترطت المادة (٤٥٨) الرسمية في الوعد بالهبة فقررت : « الوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بسند رسمي » .

(١) دروس في العقود المدنية لأستاذنا الدكتور أكثم الحولي : ص ٩ .

(٢) سيأتي تفصيل القول في حكم الهبة .

لكن بالرغم من أن رسمية الهبة تتعلق بالنظام العام ، ويكون جزاؤها البطلان ، فقد اعتبر القانون التنفيذ الاختياري بديلاً عاماً عن الرسمية . نصت المادة (٤٥٧) على أنه : « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ماسلموه » ويتضح من هذا النص أن التنفيذ الاختياري للهبة من جانب الواهب أو ورثته يحقق نفس النتيجة التي تحققها الرسمية . وبهذا أوجد القانون نوعاً جديداً ذا صبغة عامة من الشكلية هو التنفيذ الاختياري ، وهو أكثر حماية للواهب من الرسمية . والتنفيذ الاختياري يشمل هبة العقار وهبة المنقول ، غير أن المشرع القانوني قد نص على أهم تطبيقاته وأكثرها شيوعاً في الحياة العملية ، وهو هبة المنقول المادي التي تم بالقبض أو الهبة اليدوية .

كذلك أجاز القانون (في المادة ٤٥٦) استثناء من اشتراط الرسمية أن تتم الهبة تحت ستار عقد من عقود المعاوضة على سبيل الصورية ، وبذلك تصح الهبة المستترة دون حاجة لسند رسمي .

وأما موقف الفقهاء المسلمين من الجانب الشكلي للهبة ففيه اتجاهان .

الاتجاه الأول^(١) - هو مذهب المالكية ، والحنابلة في غير المكيل والموزون : وهو يرى الاكتفاء بمبدأ الرضائية في الهبات ، فتصبح الهبة صحيحة ناقلة للملكية بمجرد قبول الموهوب له . أما القبض (أو الحيازة) فهو شرط عند المالكية لتام ولزوم الهبة ، فإن لم يحصل القبض لم تلزم الهبة ، وإن كانت صحيحة .

والاتجاه الثاني - هو مذهب الحنفية والشافعية ، والإمام أحمد في هبة المكيل والموزون : وهو يهتم بشكل الهبة ولا يرتب على مجرد التراضي أثراً شرعياً ، فالهبة وإن كانت تنعقد بالإيجاب والقبول ، فإنها لا تلزم الواهب ولا تنقل الملكية إلا بالقبض . وبذلك يعتبر التنفيذ الاختياري من جانب الواهب هو روح الهبة في هذا الاتجاه ،

(١) سيأتي بحث الموضوع في عقد الهبة .

أما مجرد تلاقي إرادة الطرفين فلا ينشئ الهبة بمعناها الصحيح ، بل مجرد وعد بالهبة ، لا يلزم الواهب . وبتنفيذ هذا الوعد اختياراً من جانب الواهب تقوم الهبة وتنتج آثارها وأهمها انتقال الملكية إلى الموهوب له .

والدافع إلى هذا الاتجاه هو الحرص على احترام الطابع التبرعي للهبة الذي يجب أن يميزها عن سائر التمليكات .

وأما الأحكام الموضوعية للهبة التي تضمنها القانون المدني والتي استمدها من الفقه الإسلامي فهي ما يأتي :

١ - تعريف الهبة : الهبة عقد تصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض (م ٤٥٤) وعرف الفقهاء الهبة بقولهم : عقد يفيد التملك بلا عوض حال الحياة تطوعاً .

لكن نصت الفقرة ٢ من هذه المادة على أنه يجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين ، كالإزام الموهوب له أن يعوله حتى موته ، أو بأن يدفع له إيراداً مرتباً مدى الحياة .

وقد نصت المادة (٨٥٥) من المجلة على أنه « تصح الهبة بشرط عوض ... » لكن الإمام الشافعي يرى أن اشتراط العوض صراحة يبطل العقد ، لأنه شرط مخالف لمقتضاه .

٢ - ركن الهبة : نصت المادة (٤٥٥) على أن الهبة تتم بالإيجاب والقبول . وعلى أنه ينوب ولي القاصر عنه بقبول الهبة وبقبض الشيء الموهوب إذا كان الواهب هو ولي الموهوب أو وصيه .

وهذا نفس المقرر في الفقه ، نصت المادة (٨٣٧) من المجلة على أنه « تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالقبض » . وقد قرر الفقهاء أن الولي ينوب مناب القاصر في

القبض ، فلو وهب أحد الأولياء للصغير شيئاً ، والمال في أيديهم صحت الهبة ،
ويصيرون قابضين للصغير^(١) .

٣ - الشروط الموضوعية للهبة :

لم يورد القانون المدني شروطاً خاصة بالهبة من حيث تلاقي الإيجاب والقبول ،
فيجب تطبيق القواعد العامة ، فيشترط الرضا لصحة العقد وتطبق القواعد العامة في
أحكام عيوب الرضا ، وتتميز الهبة بأن الغلط في الشخص يجعل الهبة قابلة للإبطال .

كذلك يشترط في الواهب أن يكون كامل الأهلية ؛ لأن الهبة من التصرفات
الضارة بالواهب ضرراً محضاً . أما الموهوب له فيكفي فيه أن يكون مميزاً ، لأن الهبة
من التصرفات النافعة للموهوب له نفعاً محضاً .

ويستطيع الولي أو الوصي أن يهب للصغير وينوبان عنه في قبول الهبة وقبض
الشيء الموهوب كما بينا (المادة ٤٥٥ / ٢) . ولا يستطيع الولي أن يتبرع بمال القاصر
إلا بإذن القاضي بعد تحقق المسوغ ، كما نصت المادة (١٧٢ / ٢) من قانون الأحوال
الشخصية السوري ، كذلك يعتبر تبرع الوصي في مال القاصر باطلاً (المادة ١٨٠ من
قانون الأحوال الشخصية السوري) ويجوز للمتبرع استبعاد الولاية على مال التبرع ،
فقد نص القانون السوري المذكور (في المادة ١٧١) على أنه « إذا اشترط المتبرع بمال
للقاصر عدم تصرف وليه به تعين المحكمة وصياً خاصاً على هذا المال » .

ويشترط في الموهوب أن يكون مملوكاً للواهب وموجوداً ومعيناً ومشروعاً ،
وعلى ذلك يكون حكم هبة ملك الغير كحكم بيع ملك الغير : وهو البطلان النسبي
(القابلية للإبطال) لمصلحة الموهوب له ، وعدم النفاذ في حق المالك الحقيقي (المواد
٤٥٩ ، ٤٣٤ ، ٤٣٥) .

(١) سيأتي تفصيل الكلام في ذلك في بحث عقد الهبة .

وقد نصت المادة (٤٦٠) على أنه « تقع هبة الأموال المستقبلية باطلّة » وذلك استثناء من القواعد العامة في القانون التي تجيز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً. وهذا الحكم المستثنى مأخوذ من الشريعة الإسلامية التي تشترط وجود محل العقد وقت انعقاده في كل العقود .

ويلاحظ أن هذه الشروط المطلوبة لانعقاد الهبة قانوناً مستقاة من أحكام الفقه الإسلامي . ففي هذا الفقه يشترط اتحاد مجلس الإيجاب والقبول في كل عقود التمليكات ، وتوفر الرضا والاختيار وهذا ما نصت عليه المادة (٨٦٠) من المجلة ، وأن يكون للواهب أهلية التبرع أو كمال الأهلية ؛ لأن الهبة تبرع ، وهذا ما نصت عليه المادة « (٨٥٩) من المجلة ، وألا تصدر الهبة منه في مرض موته ، وإلا أخذت حكم الوصية فلا تنفذ إلا في حدود ثلث التركة ، وألا يكون مديناً بديون مستغرقة ، ولولم يجبر عليه ، وإلا توقفت على إجازة الدائنين . وهذا ما نصت عليه المواد (٨٧٩ - ٨٨٠) من المجلة .

ويشترط في الموهوب له أن يكون حياً ، فلا تجوز الهبة للجنين ولا للمعدوم ، وأجازها المالكية ، ويحسن الأخذ قانوناً ببداً إجازة الهبة للجنين .

كما يشترط أن يكون محل الهبة موجوداً وقت العقد ، وهو شرط عام في كل عقود التمليكات في الحال ، صوناً للعقد عن الإلغاء عند فوات المحل .

وقد نصت المادة (٨٥٦) من المجلة على ذلك .

ويجب أن يكون الشيء مملوكاً للواهب ، فإن كان الموهوب ليس مالاً للواهب ، كانت هبة الفضولي ، وهي موقوفة على إجازة المالك .

وقد نصت المادة (٨٥٧) من المجلة على ذلك .

ويلزم أن يكون الموهوب معلوماً ومعيناً ، وهذا ما نصت عليه المادة (٨٥٨)

من المجلة .

أما هبة الحصة الشائعة فيما يقبل القسمة كالدار والبيت الكبير، فأجازها جمهور الفقهاء، كبيع المشاع. ولم يجزها الحنفية إلا بقسمتها وقبضها مفرزة عن غيرها^(١).

٤ - الرجوع في الهبة :

نصت المواد (٤٦٨ - ٤٧٢) على مبدأ جواز الرجوع في الهبة ، وعلى الحالات التي يجوز فيها الرجوع ، بشرط وجود عذر مقبول للرجوع . وهذه الأحكام ما عدا اشتراط وجود العذر مستمدة من الفقه الحنفي الذي يعتبر الرجوع مكروهاً لأنه من باب الدناءة ، وللموهوب له أن يمتنع عن الرد ، ولا يصح الرجوع إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي ؛ لأن الرجوع فسخ للعقد . ولا يجوز الرجوع عند وجود أحد موانع الرجوع السبعة وهي (العوض ، أو تقديم بدل عن الهبة ، والزيادة المتصلة كالبناء والغرس ، وتصرف الموهوب له في الموهوب ، وموت أحد العاقدين ، وهلاك الموهوب في يد الموهوب له أو استهلاكه ، وكون الهبة من أجل الثواب من الله تعالى كالصدقة ، أو من أجل صلة الرحم ، أو صلة الزوجية) وهذه الحالات نص عليها القانون في المادة (٤٧٠) ، ونصت عليها المجلة في المواد (٨٦٦ - ٨٧٤) .

خامساً - تصرف المريض مرض الموت :

استقى التقنين المدني من الفقه الإسلامي أحكام بيع المريض مرض الموت^(٢) ، فاعتبر بيعه في حكم الوصية ، كما اعتبر البيع لأحد الورثة بالمحاباة خاضعاً لأحكام الوصية . فلا يجوز بيع المريض مرض الموت محاباة إلا إذا أجازته الورثة إذا كان مقدار المحاباة يماز ثلث التركة ، وإذا كان مديناً بدين مستغرق كان بيعه المشتمل على الغبن الفاحش موقوفاً على إجازة الدائنين . فإن لم يكن مديناً ، وكان البيع بالمحاباة لغير الوارث أي بأقل من ثمن المثل نفذ بيعه من ثلث التركة . وإن لم يشتمل البيع على المحاباة بأن كان بثلث المثل صح البيع ونفذ .

(١) المراجع تأتي في بحث الهبة .

(٢) الوسيط للسهوري : ص ٤٦ .

أما البيع لوارث ولو بثلث المثل أي بدون غبن فهو موقوف عند أبي حنيفة وفي
المجلة على إجازة الورثة لتعلق حقهم بعين التركة .

لكن هل للمريض مرض الموت التصرف لوارث في حدود ثلث التركة ؟

يلاحظ أن المادة (٤٤٥) من القانون المدني السوري المتعلقة ببيع المريض
مرض الموت منقولة عن القانون المدني المصري الذي يجيز بدوره الوصية للوارث
ولغيره في حدود الثلث (في المادة ٣٧ من قانون الوصية المصري) وتنفذ من غير
إجازة الورثة خلافاً لما يقرره فقهاء المذاهب الأربعة وجمهور فقهاء المسلمين ، ولكن
عملاً برأي بعض أئمة الشيعة الزيدية ، وبعض أئمة الشيعة الإمامية (الجعفرية) ،
والإسماعيلية .

وتنص هذه المادة (٤٤٥) التي تعتبر المحاباة بحكم الوصية على ما يلي :

« ١ - إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثلث يقل عن قيمة المبيع
وقت الموت فإن البيع يسري في حق الورثة ، إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن
لا تتجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته .

٢ - إذا كانت هذه الزيادة تتجاوز ثلث التركة ، فإن البيع فيما يجاوز الثلث
لا يسري في حق الورثة إلا إذا أقروه ، أو رد المشتري للتركة ما بقي بتكلمة الثلثين .

٣ - ويسري على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة (٨٧٧) وبناء على هذه
المادة إذا كان البيع بالمحاباة خاضعاً لأحكام الوصية فإنه ينفذ من المريض مرض الموت
إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن في حدود ثلث التركة .» .

والدليل على أن تصرف المريض مرض الموت تطبق عليه أحكام الوصية هو
مانصت عليه المادة (٨٧٧) التالي نصها :

١- كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ، ويكون مقصوداً به التبرع ، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسري عليه أحكام الوصية أيضاً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف .

٢- وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً .

٣- وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ، مالم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . كل هذا مالم توجد أحكام خاصة تخالفه .

وبما أن الوصية خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية بنص المادة (١٧٦) من القانون السوري ، فإن أحكام الشريعة المعمول بها في سورية خلافاً لمصر هي المقررة في قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر عام ١٩٥٣ والتي بموجبها لا تجوز الوصية لوارث . نصت المادة (٢٣٨) من هذا القانون على ما يلي :

« ١ - تنفذ الوصية لغير وارث بثلث ما يبقى من التركة بعد وفاء الدين من غير إجازة الورثة .

٢ - لا تنفذ للوارث ولا بما زاد على الثلث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي ، وكان المميز كامل الأهلية .

٣ - لا تنفذ فيما يستغرقه دين إلا بإجازة الدائن الكامل الأهلية أو بسقوط الدين .

٤ - تنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله من غير توقف على إجازة أحد .» .

وبهذا يتبين أن النص الوارد في المادة (٤٤٥) مدني سوري الذي يميز للمريض البيع بالمحاباة للوارث في حدود ثلث التركة معطل المفعول ، ويكون البيع موقوفاً على إجازة الورثة عملاً بمقتضى قانون الأحوال الشخصية السوري الذي لا يميز الوصية للوارث إلا بإجازة الورثة .

هذا وقد نصت المجلة على أحكام بيع المريض في المواد (٣٩٣ - ٣٩٥) كما نصت المادة (١٥٩٥) على تعريف مرض الموت بقولها :

« مرض الموت : هو الذي يخاف فيه الموت في الأكثر الذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور ، ويعجزه عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الإناث ، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة ، صاحب فراش كان أو لم يكن .

وإن امتد مرضه دائماً على حال ، ومضى عليه سنة يكون في حكم الصحيح ، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ، ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله ، ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات يعد حاله من وقت التغير إلى الوفاة مرض موت .»

سادساً - أحكام متفرقة (الإبراء ، مدة التقادم) :

استمد القانون المدني طائفة من الأحكام في مناسبات مختلفة من الفقه الإسلامي ، كإنقضاء الالتزام دون الوفاء به ، إما بالإبراء من الدين بإرادة الدائن وحده ، وإما بالتقادم المسقط لمضي مدة خمس عشرة سنة في الحقوق الخاصة .

هذا فضلاً عن أن كثيراً من الأحكام المقررة في القانون المدني يمكن تخريجها أو تسويتها بمبدأ من مبادئ الشريعة كالأستصلاح والأستحسان والعرف ، أو حملها على مجموعة آراء فقهية من مذاهب مختلفة ، كما أنه قد يكون لها شبه أو تطابق تام بينها وبين رأي فقهي معين . لكن مع كل ما سبق يظل القانون المدني السوري وأصله

المصري غربي الطراز والتصور والأحكام، فلا يعنى المشرع من عودة حميدة لرياض
الفقه الإسلامي الصالح لكل زمان ومكان .

الإبراء : إسقاط الدائن ماله في ذمة المدين من دين كتمن مبيع أو دين قرض ،
ويترتب عليه انتهاء التزام الدين كله أو بعضه حسب الإبراء ، وتفرغ منه ذمته .
وهو عند الحنفية لا يحتاج إلى قبول وإنما يصح بإرادة الدائن وحده ، وإنما يترد
بالرد ؛ لأنه من قبيل الإسقاط كالطلاق ، والإسقاط لا يتوقف على القبول . نصت
المادة (١٥٦٨) من المحلة على أنه : « لا يتوقف الإبراء على القبول . ولكن يكون بالرد
مردوداً ، لأنه إذا أبرأ أحد آخر فلا يشترط قبوله ، ولكن إذا رد الإبراء في ذلك
المجلس بقوله : لا أقبل ، يكون ذلك الإبراء مردوداً يعني لا يبقى له حكم ، لكن
لورده بعد قبول الإبراء لا يكون الإبراء مردوداً . وأيضاً إذا أبرأ المحال له المحال عليه أو
صاحب الطلب الكفيل ، ورد ذلك المحال عليه أو الكفيل لا يكون الإبراء مردوداً » .

وقد أخذ القانون المدني بمبدأ صحة الإبراء بإرادة الدائن وحده وهو المقرر في
الفقه الحنفي . نصت المادة (٣٦٩) منه على ما يأتي : « ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن
مدينه مختاراً ، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده » .

التقادم : لا يعتبر التقادم (أو مضي المدة ومرور الزمن أو وضع اليد) في
الشريعة الإسلامية سبباً صحيحاً من أسباب كسب الحقوق أو إسقاطها ديانة إذ
« لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي » ولأن الحق أبدي لا يزول إلا
بمسوغ شرعي مقبول . وإنما التقادم مانع فقط للقاضي من سماع الدعوى بالحق القديم
الذي أهمل صاحبه الادعاء به زمناً طويلاً معيناً بلا عذر . وذلك للشك في أصل الحق
وفي إثباته بعد هذه المدة الطويلة ، وحماية لمبدأ الاستقرار في الأوضاع الحقوقية ،
وتجنباً لإثارة المشكلات في الإثبات ونحوه ؛ لأن القضاء في الإسلام مظهر للحق
لا مثبت له ، والحقوق الثابتة لا يؤثر فيها ديانة مرور الزمان وتقادم العهد . إلا أن
القضاء مع هذا يقبل التخصيص بالزمان والمكان والخصومة ، ويقبل التعليق

بالشرط . وبناء عليه يصح للدولة منع القاضي من سماع دعوى على شخص مضى على وضع يده خمس عشرة سنة مثلاً ، فيعتبر قضاؤه بعدئذ غير نافذ^(١) .

ويمكن تسويغ ذلك بنظرية المصالح المرسله التي تجيز للحاكم اتخاذ التدابير القضائية المناسبة لإقرار الحقوق والاهتمام بها ، وإبعاد القضاء عن المشكلات المعقدة في إثبات حقوق قديمة . وهذا المعنى هو أساس الأخذ بفكرة التقادم قانوناً ، فإن القانونيين قالوا : إن التقادم يقوم على أساس اعتبارات ذات طابع عام أي متصلة بالصالح العام للمجتمع كله ، لا على أساس اعتبارات فردية ، فالضرورات الاجتماعية هي التي أدت إلى إقرار هذا النظام .

وقد أخذ القانون من الفقه الإسلامي تقدير مدة التقادم المسقط ، نصت المادة (٣٧٢) مدني سوري على أنه « يتقادم الالتزام بأقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون ، وفيما عدا الاستثناءات التالية » .

كذلك في التقادم المكسب نصت المادة (٩١٩) على ما يلي :

« يكتسب حق تسجيل التصرف في الأراضي الأميرية غير الخاضعة لإدارة أملاك الدولة ، بمرور عشر سنوات من تاريخ الحيازة بسند أو بغير سند ، بشرط أن يكون الحائز قائماً بزراعة الأرض » .

وتقدير المدة في الحالتين مأخوذ من الفقه الإسلامي ، فقد قرر الفقهاء أن التقادم يسري على الحقوق الخاصة ، ومدته العادية خمس عشرة سنة ، فإذا مرت مروراً معتبراً دون ادعاء بالمال من قبل صاحبه لا تسمع دعواه بعدها^(٢) .

وأما الأموال العامة فلا تسمع الدعوى فيها بعد مضي ٣٣ سنة في الوقف والإرث ، وبعد ٣٦ سنة في أموال بيت المال ، وبعد عشر سنوات في الأراضي الأميرية .

(١) راجع كتابنا نظرية الضمان : ص ١٠١ .

(٢) المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه للأستاذ الزرقاء : ف ١٥٦ ص ٢٣٠ .

وأما المجلة فأخذت في المادة (١٦٦٢) بمدة ١٥ سنة في جميع الحقوق غير الوقف فهي ٣٦ سنة ، والأراضي الأميرية فهي عشرين سنين .

وتبتدئ المدة من وقت ظهور واضع اليد على الشيء بمظهر المالك لها ، وعدم المانع الشرعي من إقامة دعواه كالصغر والجنون والعتة . وهذا ما نصت عليه المادة (١٦٦٣) من المجلة .

كما نصت المادة (٣٧٩) على حالات وقف التقادم بقولها : « ١ - لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، ولو كان المانع أديباً ، وكذلك لا يسري التقادم فيما بين الأصيل والنائب .

٢ - ولا يسري التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب ، أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً » .

خاتمة

في آخر هذا البحث أؤكد ضرورة العودة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية واستمداد القوانين منها ، مادمننا نعمنا والله الحمد بالاستقلال ، وقد بينا هذا النموذج الذي استمده القانون المدني من الفقه ليكون عنواناً مشرقاً وبرهاناً ساطعاً على أن في شريعتنا الغراء كنوزاً خالدة لا تحتاج إلا إلى صياغة جديدة بروح العصر ومفاهيمه على منوال التقنيات الجديدة .

قال الدكتور السنهوري : على أننا لا نريد بتقليد التقنيات الحديثة أن نذهب في ذلك إلى مدى أبعد مما ينبغي . وإذا كنا نقول بالاستفادة دون تحفظ من التقنيات الغربية من ناحية الشكل والصياغة ، ففي المادة والموضوع تحفظ كثيراً في هذا القول .

ثم علق على قرار وزارة العدل العراقية باتخاذ الشريعة الإسلامية أساساً للتقنين قبل صدوره ، فقال : ولما كان القرار خطيراً ، وهو يؤذن بمهد جديد للفقه الإسلامي ، يجاري فيه الزمن ، ويساير التطور ، كان من الواجب أن تقف عنده حتى نمنع في مراميه .

فأول أثر لهذا القرار أن يرد لهذه الشريعة السحاء مكائتها بعد أن كادت تضع ، فقد رأينا أن البلاد الشرقية التي راجعت تقنيناتها المدنية عدلت عن الشريعة الإسلامية إلى القوانين الغربية ، وبقيت القاعدة مطردة من النصف الثاني للقرن التاسع عشر إلى الوقت الحاضر ، فصر تلتها تونس ومراكش وتركيا ولبنان ، وكل هذه بلاد كانت تطبق الشريعة الإسلامية . ثم أعادت النظر في تقنيناتها ، فقلبتها رأساً على عقب ، إما

باختيارها أو تحت تأثير نفوذ سياسي، وهجرت الشريعة الإسلامية إلى القوانين الغربية. أما العراق فهو أول بلد عربي اعترى بتراث أجداده، وحرص عليه من الضياع. فالعراق يرفع صوته عالياً بأن الشريعة الإسلامية لا تزال نظاماً قانونياً حياً صالحاً للتطبيق، وليس لسائر الأقطار العربية إلا أن تقتفي أثر العراق.

وهناك فرق جوهري بين أن نجعل مصدر الأحكام الصالحة التقنيات الغربية، وبين أن نجعل مصدرها الشريعة الإسلامية، ففي الحالة الأولى نكون قد قطعنا كل صلة بالقديم، وبدأنا حياة قانونية جديدة، نكون فيها عالة على فقه الغرب وجهوده، نأخذ منه ولا نعطيه. أما في الحالة الثانية فنكون قد احتفظنا بصلة الماضي، وجعلنا من هذه الصلة أساساً يقوم عليه المستقبل، واحتفظنا باستقلالنا القانوني، فلا نكون عالة على فقه الغرب، وفي الوقت ذاته نكون قد استفدنا من هذا الفقه إلى أبعد مدى، إذ تصبح الأحكام التي اخترناها وخرجناها على أحكام الشريعة الإسلامية متفقة مع أحدث الأحكام القانونية الغربية وأرقاها^(١).

(١) راجع مقال الدكتور السنهوري في مجلة نقابة المحامين بدمشق، العددان السادس والسابع، من السنة الأولى:

القسم الثالث

العقود

أو التصرفات المدنية المالية

وبحثها في ثمانية عشر فصلاً:

١- البيع وأنواعه (السلم، الاستصناع، الصرف، الجزاف، الربا،
بيوع الأمانة: المرابحة، والتولية والوضيعة، الإقالة)

٢- القرض

٣- الإيجار

٤- الجعالة

٥- الشركة

٦- الهبة

٧- الإيداع

٨- الإعارة

٩- الوكالة

١٠- الكفالة

١١- الحوالة

١٢- الرهن

١٣- الصلح

ويلحق بها فصول خمسة في الإبراء والاستحقاق والمقاصة والإكراه
والحجر، وأما باقي العقود فالكلام عنها في بحث الملكية والأحوال
الشخصية .

الفصل الأول

عقد البيع

خطة الموضوع :

نظراً لتعدد أنواع البيع وأهميتها بحيث يكون كل منها وضعاً قائماً بذاته نرى الفقهاء يترجمون لعقد البيع بعنوان « كتاب البيوع » بصيغة الجمع^(١) . وقد أثرنا ذكر العنوان الذي عنونا به تمشياً مع صنيع شراح القانون المدني لأن إضافة كلمة « عقد » إلى « البيع » تفيد العموم ، لقول النحويين : إنه مفرد مضاف فيعم . والكلام عن عقد البيع يتناول المباحث الستة الآتية :

المبحث الأول - في تكوين عقد البيع .

المبحث الثاني - شروط البيع .

المبحث الثالث - حكم البيع والكلام في المبيع والتمن .

المبحث الرابع - البيع الباطل والبيع الفاسد .

المبحث الخامس - الخيارات .

المبحث السادس - بعض أنواع البيع :

١ - السلم أو السلف

٢ - الاستصناع

٣ - الصرف

(١) عقد البيع للأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء: ص ٥، ١٢.

٤- بيع الجزاف

٥- الربا

٦- بيوع الأمانة (المراجحة والتولية والوضيعة)

٧- الإقالة

المبحث الأول - تكوين عقد البيع

وفيه مطلبان :

المطلب الأول - تعريف البيع ومشروعيته

المطلب الثاني - ركن البيع أو كيفية انعقاده

المطلب الأول - تعريف البيع ومشروعيته

تعريف البيع :

البيع لغة : مقابلة شيء بشيء ، وهو من أسماء الأضداد أي التي تطلق على الشيء وعلى ضده ، مثل الشراء^(١) كما في قوله تعالى : ﴿ وشروه بثمن بخس ﴾ أي باعوه ، وقوله سبحانه : ﴿ ولبئس ما شروا به أنفسهم ﴾ ويقال لكل من المتعاقدين : بائع وبيّع ، ومشتري ومشتري .

واصطلاحاً عند الحنفية : مبادلة مال بمال على وجه مخصوص أو هو مبادلة شيء

(١) ومثل القرء والجون : يطلق على الشيء وضده . قال المعلق على نيل الأوطار : ٥ ص ١٤٢ : للبيع تفسير لغة وشرعاً وركن وشروط وعمل وحكم وحكمة . أما معناه لغة : فطلق المبادلة ، وهو والشراء ضدان ، ويطلق البيع على الشراء أيضاً ، فلفظ البيع والشراء يطلق كل منهما على ما يطلق عليه الآخر ، فهما من الألفاظ المشتركة بين المعاني المتضادة . وشرعاً هو مبادلة مال بمال على سبيل التراضي . ثم قال : وأما ركنه فإيجاب وجوب . وأما شرطه : فأهلية العاقدين . وأما عمله فهو المال . وأما حكمه : فهو ثبوت الملك للمشتري في البيع ، وللبيّاع في الثمن إذا كان تاماً ، وعند الإجازة إذا كان موقوفاً ، وأما حكمته على ما ذكر الحافظ ابن حجر في فتح الباري : أن حاجة الإنسان تتعلق بما في يد صاحبه غالباً ، وصاحبه قد لا يبذله ، ففي شرعية البيع وسيلة إلى بلوغ الغرض من غير حرج . ثم ذكر صاحب التعليق حكماً أخرى .

مرغوب فيه بمثله على وجه مفيد مخصوص أي بإيجاب أو تعاطٍ . وخرج بقيد : « مفيد » ما لا يفيد كبيع درهم بدرهم . وغير المرغوب : مثل الميتة والدم والتراب^(١) .

وقال النووي في المجموع : البيع : مقابلة مال بمال تملكاً^(٢) .

وعرفه ابن قدامة في المغني^(٣) : مبادلة المال بالمال تملكاً وتملكاً .

وهو مشتق من الباع ؛ لأن كل واحد من المتعاقدين يمد باعه للأخذ والإعطاء ، ويحتمل أن كل واحد منهما كان يبايع صاحبه ، أي يصفحه عند البيع ، فسمي البيع صفقة^(٤) .

والمراد بالمال عند الحنفية : ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة . والمالية تثبت بتول الناس كافة أو بعضهم . وقد انتقد الأستاذ الزرقاء هذا التعريف ، واستبدل به تعريفاً آخر ، فقال : المال : هو كل عين ذات قيمة مادية بين الناس^(٥) . وعليه لا تعتبر المنافع والحقوق المحضة مالاً عند الحنفية . أما جمهور الفقهاء فقد اعتبروها مالاً متقوماً ؛ لأن المقصود من الأعيان منافعها .

والمقصود من البيع هنا : هو العقد المركب من الإيجاب والقبول .

مشروعية البيع :

البيع جائز بأدلة من القرآن والسنة والإجماع^(٦) .

أما القرآن : فقوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع ﴾ وقوله سبحانه : ﴿ وأشهدوا إذا

(١) البدائع : ٥ ص ١٣٣ ، فتح القدير : ٥ ص ٧٣ ، حاشية ابن عابدين : ٤ ص ٢ وما بعدها .

(٢) مغني المحتاج : ٢ ص ٢ .

(٣) انظر ج ٢ ص ٥٥٩ .

(٤) المرجع السابق .

(٥) راجع للدخول إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي له : ص ١١٤ - ١١٨ .

(٦) المراجع السابقة ، المبسوط : ١٢ ص ١٠٨ ، المهذب : ١ ص ٢٥٧ .

تبايعتم ﴿ وقوله عز وجل : ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم ﴾ وقوله جل جلاله : ﴿ ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم ﴾ .

وأما السنة فأحاديث ، منها : سئل النبي ﷺ : أي الكسب أطيب ؟ فقال : « عمل الرجل بيده ، وكل بيع مبرور » ^(١) أي لا غش فيه ولا خيانة ، ومنها حديث : « إنما البيع عن تراض » ^(٢) وقد بعث الرسول ﷺ والناس يتبايعون فأقرهم عليه ، وقال : « التاجر الصدوق الأمين مع النبيين ، والصديقين ، والشهداء » قال الترمذي : « هذا حديث حسن » .

وأجمع المسلمون على جواز البيع ، والحكمة تقتضيه ؛ لأن حاجة الإنسان تتعلق بما في يد صاحبه ، وصاحبه لا يئذله بغير عوض ، ففي تشريع البيع طريق إلى تحقيق كل واحد غرضه ودفع حاجته ، والإنسان مدني بالطبع ، لا يستطيع العيش بدون التعاون مع الآخرين .

والأصل في البيوع الإباحة ، قال الإمام الشافعي : « فأصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائزي الأمر فيما تبايعا ، إلا ما نهى عنه رسول الله ﷺ منها ، وما كان في معنى ما نهى عنه رسول الله ﷺ محرم بإذنه داخل في المعنى المنهي عنه ، وما فارق ذلك أجنأه بما وصفنا من إباحة البيع في كتاب الله تعالى » أي في قوله سبحانه : ﴿ وأحل الله البيع ﴾ وقوله : ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم ﴾ .

(١) رواه البزار وصححه الحاكم عن رفاعة بن رافع ، وذكره ابن حجر في التلخيص الحبير عن رافع بن خديج وعزاه لأحمد ، وذكره السيوطي في الجامع الصغير عن رافع (سبل السلام : ٣ ص ٤) .
(٢) هذا حديث طويل رواه البيهقي وابن ماجه وصححه ابن حبان عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال : « لأتقين الله من قبل أن أعطي أحداً من مال أحد شيئاً بغير طيب نفسه ، إنما البيع عن تراض » ورواه عبد الرزاق في الجامع عن عبد الله بن أبي أوفى بلفظ « البيع عن تراض والتخيير بعد صفقة » (الجامع الصغير : ١ ص ١٠٢ ، كنز الدقائق : ٢ ص ٢١٢ ، شرح المجموع للنووي : ٩ ص ١٥٨) وروى الترمذي وأبو داود عن أبي هريرة حديثاً بمعناه بلفظ « لا يفترق اثنان إلا عن تراض » (جامع الأصول : ٢ ص ٩ ، جمع الزوائد : ٤ ص ١٠٠) .

المطلب الثاني - ركن البيع أو كيفية انعقاده

ركن^(١) البيع عند الحنفية : هو الإيجاب والقبول الدالان على التبادل أو ما يقوم مقامهما من التعاطي . فركنه بعبارة أخرى : الفعل الدال على الرضا بتبادل المالكين من قول أو فعل^(٢) ، وهذا قولهم في العقود .

وللبيع عند الجمهور أركان أربعة : هي البائع والمشتري والصيغة والمعقود عليه وهذا رأيهم في كل العقود .

والإيجاب عند الحنفية : إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولاً من كلام أحد المتعاقدين ، سواء وقع من البائع كبعت ، أو من المشتري كأن يبتدئ المشتري فيقول : اشتريت بكذا .

والقبول : ما ذكر ثانياً من كلام أحد المتعاقدين^(٣) . فالعقود إذاً أولية الصدور وثانوية فقط سواء أكان من جهة البائع أم من جهة المشتري .

وعند الجمهور : الإيجاب : هو ما صدر ممن يكون منه التملك وإن جاء متأخراً .
والقبول : هو ما صدر ممن يصير له الملك وإن صدر أولاً^(٤) .

وأركان البيع عند الجمهور غير الحنفية ثلاثة أو أربعة^(٥) : عاقد (بائع ومشتري) ومعقود عليه (ثمن ومثمن) وصيغة (إيجاب وقبول) .

والكلام في الإيجاب والقبول في موضعين :

(١) الركن عند الحنفية : هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان جزءاً منه ، وعند الجمهور : هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وتصوره في العقل سواء أكان جزءاً منه ، أم كان مختصاً به وليس جزءاً منه . وأما الشرط فهو ما يتوقف عليه وجود الشيء وليس جزءاً منه .

(٢) فتح القدير : ٥ ص ٧٤ ، البدائع : ٥ ص ١٣٣ ، حاشية ابن عابدين : ٤ ص ٥ وما بعدها .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) شرح المنهج للشيخ زكريا الأنصاري : ٢ ص ١٨٠ وما بعدها ، كشاف القناع : ٢ ص ٣ .

(٥) شرح الكبير : ٢/٣ ، معني المحتاج : ٢/٢ ، كشاف القناع : ١٣٥/٣ .

أحدهما - في صيغة الإيجاب والقبول .
والثاني - في صفة الإيجاب والقبول .

١ - صيغة الإيجاب والقبول

صيغة العقد : هي صورته التي يقوم بها من إيجاب وقبول إن كان العقد التزاماً بين طرفين ، أو إيجاب فقط إن كان التزاماً من جانب واحد .

اتفقت الشرائع على أن مدار وجود العقد وتحققه هو صدور ما يدل على التراضي من كلا الجانبين بإنشاء التزام بينهما . وهذا هو ما يعرف عند العلماء « بصيغة العقد » وهو ما يسمى عند القانونيين « التعبير عن الإرادة » ويشترط في صيغة العقد أن يكون صدورها من المتعاقدين بطريق يعتبره الشارع ، وطريق اعتبار الشارع عند الحنفية : هو أن البيع ينعقد بكل لفظ يدل على التراضي بتبادل الملك في الأموال بحسب عرف الناس وعاداتهم^(١) .

فقالوا^(٢) : ينعقد البيع بصيغة الماضي مثل : بعث ، واشتريت . وبصيغة الحال مع النية مثل : أبيع وأشتري .

أما البيع بلفظ الاستدعاء الذي يعبر به عن المستقبل ، فلا ينعقد به البيع عند الحنفية كأن يقول : « بعني أو اشترمني » ما لم يقل المشتري مرة ثانية في المثال الأول : اشتريت ، وفي المثال الثاني : يقول البائع ثانية : « بعث » لأن طالب البيع أو الشراء وهو المستدعي ، ينسب إلى الغش والتدليس في العادة ، وربما فهم الناس منه أنه لو لم يكن في البيع عيب ، لما كان يسأل غيره في أخذه ، وإنما غيره هو الذي يطلبه ، كما هو المعروف في الأسواق ، ثم إنه لو تأخر القبول عن الإيجاب لم يصح به البيع ، فلم يصح إذا تقدم ، ولأنه عقد خلا عن القبول ، فلم ينعقد كما لو لم يطلب البيع أو الشراء .

(١) أصول البيوع المنوعة في الشريعة والقانون للأستاذ الشيخ عبد السمیع إمام : ص ١٦ ، ١٨ .

(٢) البدائع : ١٣٣/٥ .

الفرق بين البيع والزواج : هذا بخلاف عقد النكاح ، فإنه يصح بلفظ الاستدعاء ، مثل أن يقول : « زوجني » لأنه في هذه الحالة يكون قوله : « زوجني » توكيلاً بالزواج ، فإذا زوجه امتثل أمره ، ولبي طلبه فيكون المزوج ولياً من طرف ووكيلاً من طرف ، والشخص الواحد : يتولى طرفي عقد النكاح ، بخلاف البيع ، فإنه لا يجوز أن يتولى الواحد طرفي العقد في البيع إلا الأب يشتري مال ابنه لنفسه أو يبيع ماله منه ، وكذلك الوصي عند أبي حنيفة إذا اشترى لليتيم من نفسه أو لنفسه منه .

وهناك فرق آخر بين البيع والنكاح وهو أن لفظ الأمر للمساومة حقيقة ، فلا تكون صيغته إيجاباً وقبولاً حقيقة ، بل هي طلب الإيجاب والقبول ، فلا بد للإيجاب والقبول من لفظ آخر يدل عليها ، ولا يمكن حمل هذه الصيغة على المساومة في النكاح ؛ لأن المساومة لا توجد فيه عادة ؛ لأنه مبني على مقدمة الخطبة ، فتحمل هذه الصيغة على الإيجاب والقبول . أما البيع فلا يكون مسبوقاً بمثل ذلك ، فكان الأمر فيه مساومة ، عملاً بحقيقة لفظ الأمر ، ولا يعدل عن الحقيقة إلى شيء آخر إلا بدليل ، ولم يوجد في البيع ، بخلاف النكاح كما بينا .

والخلاصة : أن صيغة البيع عند الحنفية إما أن تكون بلفظين من غير نية ، وذلك بصيغة الماضي ، مثل بعث واشترت ، وهذه الصيغة وإن كانت للماضي وضعاً ، لكنها جعلت إيجاباً للحال في عرف أهل اللغة والشرع ، والعرف قاض على اللغة .

أو بلفظين مع النية للحال ، وذلك بصيغة المضارع ؛ لأن المضارع يحتمل الحال أو الاستقبال ، فتكون النية لدفع المحتمل ؛ وهو أن يراد الوعد بالبيع في المستقبل ، فتكون نية الإيجاب للحال مانعة من إرادة المستقبل .

أو بثلاثة ألفاظ ، وذلك بلفظ الاستفهام : بأن قال المشتري : « أتبيع مني هذا الشيء ؟ » أو بلفظ الأمر بأن قال البائع : « اشترمني هذا الثوب » أو قال المشتري :

« بع مني هذا الثوب » لا ينعقد في هذه الأمثلة ما لم ينضم إليها لفظ ثالث ، فيقول المشتري في المثال الأول : « اشتريت » لأن لفظ الاستفهام لا يستعمل للحال حقيقة ، ويقول البائع في المثال الثاني : « بعته » ويقول المشتري في المثال الثالث : « اشتريت » .

وعلى هذا ، لا يصح أصلاً البيع بلفظ الأمر مجرداً سواء نوى ، أو لم ينو إلا إذا دل على الحال مثل : « خذه بكذا » كما لا يصح أصلاً بالمضارع المقترن بالسين أو سوف ، مثل : « سأبيعه » لأن ذكر السين يناقض إرادة الحال ^(١) .

وقال المالكية ، والشافعية في الأظهر ، والحنابلة : ينعقد العقد سواء أكان بيعاً أو نكاحاً بلفظ الاستدعاء مثل : « بعني » أو « اشترمني » فيقول الآخر : « بعته » أو « اشتريت » لأن أساس العقد هو التراضي ، ولفظ الإيجاب والقبول وجد منهما على وجه تحصل منه الدلالة على تراضيها به عرفاً ، فصح كما لو تقدم الإيجاب ، وبه يحصل الغرض بكون المستدعي بائعاً أو مشترياً ^(٢) .

بيع المعاطاة :

بيع المعاطاة أو بيع المراوضة : هو أن يتفق المتعاقدان على ثمن ومثمن ، ويعطيا من غير إيجاب ولا قبول ، وقد يوجد لفظ من أحدهما .

مثل : أن يأخذ المشتري المبيع ، ويدفع للبائع الثمن ، أو يدفع البائع المبيع ، فيدفع له الآخر ثمنه من غير تكلم ولا إشارة ، سواء أكان المبيع حقيراً أم نفيساً . وقد اختلف الفقهاء في حكمه .

(١) البدائع : ٥ ص ١٣٣ وما بعدها ، فتح القدير مع العناية : ٥ ص ٧٥ وما بعدها ، حاشية ابن عابدين : ٤ ص ٩ وما بعدها .

(٢) بداية المجتهد : ٢ ص ١٦٨ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص ٣ ، الميزان : ٢ ص ٦٢ ، مفني المحتاج : ٢ ص ٤ ، المغني : ٣ ص ٥٦٠ ، كشف القناع : ٣ / ١٣٦ .

فقال الحنفية والمالكية والحنابلة في الأرجح عندهم : يصح بيع المعاطاة متى كان هذا معتاداً دالاً على الرضا ومعبراً تماماً عن إرادة كل من المتعاقدين ، والبيع يصح بكل ما يدل على الرضا ، ولأن الناس يتبايعون في أسواقهم بالمعاطاة في كل عصر ، ولم ينقل إنكاره عن أحد ، فكان ذلك إجماعاً ، فالقرينة كافية هنا في الدلالة على الرضا^(١) .

وقال الشافعية : يشترط أن يقع العقد بالألفاظ الصريحة أو الكنائية ، بالإيجاب والقبول ، فلا يصح بيع المعاطاة ، سواء أكان المبيع نفسياً أم حقيراً ؛ لأن الرسول عليه الصلاة والسلام قال : « إنما البيع عن تراض »^(٢) والرضا أمر خفي ، فاعتبر ما يدل عليه من اللفظ ، لاسيما عند إثبات العقد حالة التنازع ، فلا تقبل شهادة الشهود لدى الحاكم إلا بما سمعوه من اللفظ .

وقد اختار جماعة من الشافعية منهم النووي والبعوي والمتولي صحة انعقاد بيع المعاطاة في كل ما يعده الناس بها بيعاً ، لأنه لم يثبت اشتراط لفظ ، فيرجع للعرف كسائر الألفاظ المطلقة ، قال النووي : وهذا هو المختار للفتوى . وبعض الشافعية كابن سريج والرويانى خصص جواز بيع المعاطاة بالمحقرات أي غير النفيسة : وهي ما جرت العادة فيها بالمعاطاة كرطل خبز وحزمة بقل ونحوها^(٣) .

ويلاحظ أن الفقهاء أجمعوا على أن الزواج لا ينعقد بالفعل ، بل لابد من القول للقادر عليه لخطره ، فكان لابد من الاحتياط له ، وإتمامه بأقوى الدلالات على الإرادة : وهو القول .

(١) البدائع : ٥٥ ص ١٣٤ ، فتح القدير : ٧٧ ص ٥٥ ، بداية المجتهد : ١٦١ ص ٢ ، المغني : ٣ ص ٥٦١ .

(٢) صححه ابن حبان .

(٣) مغني المحتاج : ٢ ص ٣ وما بعدها ، المهذب : ١ ص ٢٥٧ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ٨٩ ص ٨٩ ، ط التجارية .

٢ - صفة الإيجاب والقبول - الكلام في خيار المجلس :

لا يكون كل من الإيجاب والقبول لازماً قبل وجود الآخر فإذا وجد أحدهما لا يلزم قبل وجود الشرط الآخر، ويكون لكل من المتعاقدين حينئذ خيار القبول والرجوع، فإذا تم الإيجاب والقبول، فهل يكون لأحد العاقدين في مجلس العقد خيار الرجوع؟

اختلف العلماء فيه .

فقال الحنفية والمالكية والفقهاء السبعة بالمدينة^(١) : يلزم العقد بالإيجاب والقبول ؛ لأن البيع عقد معاوضة ، يلزم بمجرد تمام لفظ البيع والشراء ، ولا يحتاج إلى خيار مجلس ، ولقول عمر رضي الله عنه : « البيع صفقة أو خيار » .

وقالوا عن حديث « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » : المراد بالمتبايعين : هما المتساومان والمتشاغلان بأمر البيع ، والمراد بالتفرق التفرق بالأقوال : وهو أن يقول الآخر بعد الإيجاب : لأشترى ، أو يرجع الموجب قبل القبول ، فالخيار قبل القبول ثابت . ورد بعضهم هذا الحديث لمعارضته لآية ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ وآية ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ وقال بعضهم : إنه منسوخ .

بهذا يظهر أن خيار المجلس مقصور عند هؤلاء على ما قبل تمام العقد ، فإذا أوجب أحد المتعاقدين ، فالآخر بالخيار : إن شاء قبل في المجلس ، وإن شاء رد ، وهذا هو خيار القبول^(٢) وخيار الرجوع .

(١) فقهاء المدينة السبعة م : سعيد بن المسيب (توفي ٩٤ هـ) ، عروة بن الزبير (٩٤ هـ) ، القاسم بن محمد (١٠٦ هـ) ، أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام (٩٤ هـ) ، عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود (٩٨ هـ) ، سليمان بن يسار (١٠٧ هـ) ، خارجة بن زيد بن ثابت (٩٩ هـ) .

(٢) البدائع : ص ١٣٤ ، فتح القدير : ص ٧٨ ، بداية المجتهد : ص ١٦٩ وما بعدها ، حاشية الدسوقي : ص ٨١ ، المنتقى على الموطأ : ص ٥٥ ، القوانين الفقهية : ص ٢٧٤ ، كشاف القناع : ١٨٧/٣ ، ط مكة .

وقال الشافعية والحنابلة وسفيان الثوري وإسحاق: إذا انعقد البيع بتلاقي الإيجاب والقبول، يقع العقد جائزاً أي غير لازم، مادام المتعاقدان في المجلس، ويكون لكل من المتبايعين الخيار في فسخ البيع أو إمضائه مادام مجتمعين لم يتفرقا أو يتخيرا، ويعتبر في التفرق: العرف^(١): وهو أن يتفرقا عن مقامهما الذي تبايعا فيه.

والمراد به التفرق بالأبدان، وهو التفرق حقيقة. وهو الذي يكون لذكره في الحديث فائدة، لأنه معلوم لكل واحد أن المتعاقدين بالخيار إذا لم يقع بينهما عقد بالقول.

وهذا هو خيار المجلس الثابت في أنواع البيع، لما روى الشيخان أنه ﷺ قال: «البيعان بالخيار، ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما للآخر: اختر»^(٢) أي اختر اللزوم. قال ابن رشد: وهذا حديث إسناده عند الجميع من أوثق الأسانيد، وأصحها. وقد أثبت ابن حزم في المحلى تواتره.

وقد ردوا على المالكية والحنفية بأن اللفظ الوارد في هذا الحديث لا يحتمل ما قالوه (أي التفرق بالأقوال) إذ ليس بين المتبايعين تفرق بلفظ ولا اعتقاد، إنما بينها اتفاق على الثمن والمبيع، بعد الاختلاف فيها. وتساويلهم يبطل فائدة

(١) مغني المحتاج: ٢ص٤٣، ٤٥، المغني: ٣ص٥٦٢، المهذب: ١ص٢٥٧. قال بعض الحنابلة: يختلف العرف في التفرق باختلاف مواضع البيع: ففي فضاء واسع أو سوق: يكون التفرق بمشي أحد العاقدين مستدبراً لصاحبه خطوات بحيث لا يسمع كلامه المعتاد، وفي السفينة بصعود أحدهما لأغلاها، أو نزوله لأسفلها، وفي قارب صغير بخروج أحدهما منه ويمشي، وفي دار كبيرة بخروجه من بيت أو مجلس لآخر، وفي دار صغيرة بصعود أحدهما السطح أو خروجه منها. ولا يحصل التفرق ببناء حائط بين العاقدين، ولا إن ناما أو مشيا جميعاً (راجع غاية المنتهى: ٢ص٣٠).

(٢) سبل السلام: ٣ص٣٣ وما بعدها. وهذا هو بيع الخيار عند الشافعي: وهو أن يقول أحد العاقدين للآخر بعدما تم الإيجاب والقبول وقبل التفرق: اختر: إن شئت فخذ، وإن شئت فخذ. فإذا أخذ لزم البيع وقام الخيار مقام التفرق بالأبدان.

الحديث ، لأنه من المعلوم أنها بالخيار قبل العقد في إنشائه ، وإتمامه ، أو تركه . ومعنى قول عمر السابق : « البيع صفقة أو خيار » هو أن البيع ينقسم إلى بيع شرط فيه الخيار ، وبيع لم يشترط فيه الخيار ، وقد سماه صفقة لقصر مدة الخيار فيه .

إلا أنه أخذ على هذا الرأي كونه يهدر أو يزعرع القوة الملزمة للعقد ، وهو مبدأ خطير من أهم المبادئ القانونية^(١) .

المبحث الثاني - شروط البيع

يجب أن يتوافر في عقد البيع أربعة أنواع من الشروط وهي : شروط انعقاد ، وشروط صحة ، وشروط نفاذ ، وشروط لزوم^(٢) ، والقصد من هذه الشروط في الجملة منع وقوع المنازعات بين الناس ، وحماية مصالح العاقدين ، ونفي الغرر (أي الاحتمال) والبعد عن المخاطر بسبب الجهالة ، فإذا اختل شرط الانعقاد كان العقد باطلاً ، وإذا اختل شرط الصحة كان العقد عند الحنفية فاسداً ، وإذا لم يتوافر شرط النفاذ كان العقد موقوفاً على الإجازة ولا تنتقل به الملكية إلا بالإجازة ، وإذا انعدم شرط اللزوم كان العقد مخيراً فيه أي مشتملاً على خيار الإمضاء أو الإبطال .

أولاً - شرائط الانعقاد : وهي ما يشترط تحققه لاعتبار العقد منعقداً شرعاً ، وإلا كان باطلاً . وقد اشترط الحنفية لانعقاد البيع أربعة أنواع من الشروط : في العاقد ، وفي نفس العقد ، وفي مكانه ، وفي المعقود عليه^(٣) .

أما ما يشترط في العاقد فهو شرطان :

١ - أن يكون العاقد عاقلاً أي مميزاً ، فلا ينعقد بيع المجنون والصبي غير العاقل .

(١) راجع مصادر الحق للسنيوري : ٢ص ٣٧ وما بعدها .

(٢) راجع التفصيل في حاشية ابن عابدين : ٤ص ٥ وما بعدها .

(٣) انظر أيضاً البدائع : ٥ص ١٣٥ وما بعدها ، ٢ص ٢٣٢ ، حاشية ابن عابدين : ٢ص ٤٤٨ .

ولا يشترط البلوغ عند الحنفية ، فيصح تصرف الصبي المميز البالغ من العمر سبع سنوات كما سيأتي تفصيله ، وفي الجملة : إن تصرفات الصبي المتميز العاقل تنقسم عند الحنفية إلى ثلاثة أقسام :

آ - التصرفات النافعة نفعاً محضاً : كالاكتتاب والاحتشاش والاصطياد وقبول الهبة والصدقة والوصية والكفالة بالدين ، فهذه التصرفات تصح من الصبي العاقل دون إذن ولا إجازة من الولي ، لأنها لنفعه التام .

ب - التصرفات الضارة ضرراً محضاً : كالطلاق والهبة والصدقة والإقراض وكفالاته لغيره بالدين أو بالنفس ، فهذه لا تصح من الصبي العاقل ، ولا تنفذ ، ولو أجازها وليه ؛ لأن الولي لا يملك إجازة هذه التصرفات لما فيها من الضرر .

ج - التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع : كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والزواج والمزارعة والمساقاة والشركات ونحوها . فهذه التصرفات تصح من الصبي المميز ، ولكنها تكون موقوفة على إذن الولي أو إجازته مادام صغيراً ، أو على إجازته بنفسه بعد البلوغ ؛ لأن للمميز جانباً من الإدراك غير قليل^(١) .

٢ - أن يكون العاقد متعدداً : فلا ينعقد البيع بواسطة وكيل من الجانبين إلا في الأب ووصيه والقاضي والرسول من الجانبين ، بخلاف الوكيل في عقد النكاح ، فإنه يصح أن يعقد النكاح وكيل من الجانبين .

والفرق بين البيع والنكاح : هو أن للبيع حقوقاً متضادة مثل التسليم والتسلم والمطالبة بتسليم المبيع وقبض الثمن والرد بالعيب والخيارات . ويستحيل أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومتسلاً ، طالباً ومطالباً ، وهذا محال . وبما أن حقوق العقد مقتصرة على العاقد فلا يصير كلام العاقد كلام الشخصين . وأما الوكيل

(١) انظر كتب الأصول عند الحنفية مثل التلويح على التوضيح : ٢ ص ١٦٥ وما بعدها .

في النكاح فإن حقوق العقد لا ترجع إليه ، وإنما ترجع إلى الموكل فكان سفيراً محضاً بمنزلة الرسول .

وقد استثنى الأب فيما يبيع مال نفسه من ابنه الصغير ، بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس فيه عادة ، أو يشتري مال الصغير لنفسه ، لأنه حينئذ اقترب من مال اليتيم والتي هي أحسن ، لكمال شفقتة ووفرة رعايته بحكم طبيعة الحال . والوصي مثل الأب عند أبي حنيفة وأبي يوسف إذا تصرف بما فيه نفع ظاهر لليتيم أو بمثل القيمة ، لأنه مرضي الأب ، والظاهر ما رضي به إلا لو فور شفقتة على الصغير .

وقال محمد : لا يجوز تصرف الوصي بمال الصبي لنفسه بمثل القيمة ؛ لأن القياس يأبى جوازه أصلاً من الأب والوصي جميعاً . والتساهل في الأب لكمال شفقتة بخلاف الوصي .

والقاضي لا يرجع إليه حقوق العقد ، فكان بمنزلة الرسول ، والرسول لا تلزمه حقوق العقد ، لأنه معبر وسفير ، فجاز لكل من القاضي والرسول تولي العقد عن الجانبين .

وأجاز جمهور الحنفية بخلاف الشافعي وزفر للشخص الواحد أن يتولى طرفي عقد النكاح بإيجاب يقوم مقام القبول في خمس صور :

إذا كان ولياً أو وكيلاً من الجانبين كأن يقول شخص : زوجت ابني بنت أخي ، أو زوجت موكلي فلاناً موكلي فلانة ، أو أصيلاً من جانب ووكيلاً من جانب آخر كما لو وكلت امرأة شخصاً في أن يزوجه من نفسه ، أو أصيلاً من جانب وولياً من جانب كأن يتزوج بنت عمه الصغيرة ، أو ولياً من جانب ووكيلاً من جانب : مثل زوجت بنتي من موكلي . أما صورة الأصيل من الجانبين فهي مستحيلة عقلاً^(١) .

(١) البدائع : ص ١٣٦ ، مجمع الضمانات : ص ٤١٠ ، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة : ص ١٣٩ .

وأما ما يشترط في نفس العقد فهو شرط واحد : وهو أن يكون القبول موافقاً للإيجاب^(١) كما سنفصل .

وأما ما يشترط في مكان العقد : فهو شرط واحد أيضاً وهو اتحاد مجلس الإيجاب والقبول كما سنذكر تفصيله . ومجلس البيع : هو الاجتماع الواقع لعقد البيع (م ١٨١ مجلة) .

وأما ما يشترط في المعقود عليه أي المبيع فهو أربعة شروط^(٢) :

١ - أن يكون المبيع موجوداً : فلا ينقذ بيع المعدوم قبل وجوده وماله خطر العدم . من أمثلة الأول : بيع نتاج التاج أي ولد ولد هذه الناقة مثلاً ، وبيع الثمر قبل انعقاد شيء منه على الشجرة . ومن أمثلة الثاني : بيع الحمل ، وبيع اللبن في الضرع ، فكل من الحمل واللبن متردد بين الوجود وعدم الوجود فهما على خطر العدم .

ودليله في الجملة : أنه ﷺ نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها^(٣) . ويلحق به بيع ياقوتة فإذا هي زجاج ، ففي هذا غلط في الجنس فلا ينقذ البيع ، لأن المبيع معدوم .

ويستثنى بيع السلم والاستصناع وبيع الثمر على الشجر بعد ظهور بعضه في رأي بعض الحنفية .

٢ - أن يكون المبيع مالاً متقوماً :

والمال عند الحنفية كما عرفنا سابقاً : ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة . وبعبارة أخرى : هو كل ما يمكن أن يملكه الإنسان وينتفع به على وجه

(١) البدائع ، المرجع السابق : ص ١٣٧ .

(٢) المرجع السابق : ص ١٣٨ - ١٤٨ .

(٣) نص الحديث رواه الشيخان عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : « نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع والمبتاع » (انظر جامع الأصول : ص ٢٨٩) .

معتاد . والأصح أنه هو كل عين ذات قيمة مادية بين الناس . والمتقوم : ما يمكن ادخاره مع إباحته شرعاً . وبعبارة أخرى : هو ما كان محرزاً فعلاً ويجوز الانتفاع به في حالة الاختيار^(١) ، فلا ينعقد بيع ماليس بمال كالإنسان الحر والميتة والدم ، ولا بيع مال غير متقوم كالخمر والخنزير في حق مسلم ، ويجوز بيع آلات الملاهي عند أبي حنيفة لإمكان الانتفاع بالأدوات المركبة منها ، وعند الصحابين وبقية الأئمة : لا ينعقد بيع هذه الأشياء ، لأنها معدة للفساد .

٣ - أن يكون مملوكاً في نفسه : أي محرزاً وهو ما دخل تحت حيازة مالك خاص . فلا ينعقد بيع ماليس بمملوك لأحد من الناس مثل بيع الكلاً ولو في أرض مملوكة ، والماء^(٢) غير المحرز ، والحطب ، والحشيش ، والصيد التي في البراري ، وتراب الصحراء ومعادنها ، وأشعة الشمس والهواء ، ولقطات البحر وحيوانات البر في البراري .

أما كون المبيع ليس مملوكاً للبائع ، فليس شرط انعقاد ، وإنما هو شرط نفاذ كما سيأتي .

٤ - أن يكون مقدور التسليم عند العقد :

فلا ينعقد بيع معجوز التسليم ، وإن كان مملوكاً للبائع ، مثل الحيوان الشارد والطير في الهواء ، والسمك في البحر بعد أن كان في يده .

شروط الإيجاب والقبول :

يفهم مما ذكرناه من شرائط الانعقاد أنه يشترط في الإيجاب والقبول ثلاثة

شروط :

(١) حاشية ابن عابدين : ص ٤٤ ، ٣ ، ١٥٠ ، الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى : ص ١٦٢ ، ١٦٤ .

(٢) لا يجوز عند جمهور الفقهاء بيع الماء غير المحرز كياه البحار والأنهار ونحوها ، لأنها مباحة لجميع الناس ، لا يختص بها أحد دون غيره ، فلا يجوز بيعها مادامت في مقرها ، ويجوز بيع الماء المحرز كماء البئر أو العين ونحوها المملوك لشخص ما . وقال فقهاء الظاهرية : لا يجوز بيع الماء مالم يكن تابعاً للبئر أو العين المملوكة .

١ - الأهلية : هي عند الحنفية أن يكون كل من الموجب والقابل عاقلًا مميزاً يدرك ما يقول ويعنيه حقاً^(١) ، فهو في الحقيقة شرط في العاقد لا في الصيغة ، إلا بالنظر لصدورها من العاقدين . والتمييز مقدر بتمام السنوات السبع ، فلا ينعقد بيع المجنون والصبي غير المميز ؛ لأن العقد ارتباط بين إرادتي طرفيه .

والكلام ونحوه كالكتابة والإشارة دليل على هاتين الإرادتين ، فكان لابد من أن يكون هذا الدليل صادراً من مميز عاقل .

والبلوغ والاختيار ليسا من شروط الانعقاد عند الحنفية ، لذا كان من الضروري الكلام في بيع الصبي والمكره عند فقهاء المذاهب .

بيع الصبي المميز :

قال الحنفية والمالكية والحنابلة : ينعقد تصرف الصبي المميز بالبيع والشراء فيما أذن له الولي ، وإلا كان موقوفاً على إجازة وليه . ودليلهم أن المدار في التصرف على إذن الولي ، لا على الصبي ، فصح البيع ؛ لأن الصبي حينئذ كالدلال ، والعاقد غيره ، ولأن دفع المال إلى الصبي بعد رشده متوقف على اختياره بالبيع والشراء ، وأنه يغبن أم لا ، فكان لابد من القول بصحة تصرفاته وعقوده ، ولكن بإذن الولي لتحصيل المصلحة وحفظ أمواله^(٢) .

وقال الشافعية^(٣) : لا ينعقد بيع الصبي لعدم أهليته ، وشرط العاقد بائعاً أو مشترياً : أن يكون راشداً : وهو أن يتصف بالبلوغ وصلاح الدين والمال ، ودليلهم قوله تعالى : ﴿ ولا توتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً ﴾ والتصرف بالبيع والشراء في معنى إعطاء السفهاء المال لاستلزام البيع والشراء لبذل المال ، والجامع

(١) البدائع : ٥ ص ١٢٥ ، الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى : ص ٢٥٥ .

(٢) البدائع : ٥ ص ١٢٥ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٢٧٨ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص ٥ ، المغني : ٤ ص ٢٤٦ .

(٣) مغني المحتاج : ٢ ص ٧ .

بينها تقص العقل المؤدي بكل منها لإضاعة المال في غير طريقه الشرعي^(١).

بيع المكره وبيع التلجئة :

بيع المكره :

قال جمهور الحنفية : إن عقود البيع والشراء والإيجار ونحوها من المكره إكراهاً ملجئاً أو غير ملجئ تكون فاسدة ؛ لأن الإكراه يزيل الرضا الذي هو شرط في صحة هذه العقود ، لقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ .^(٢) وحينئذ يحق للمستكره فسخ ما عقد أو امضاه . ويثبت الملك للمشتري عند القبض كبقية العقود الفاسدة ، ويلزم العقد بقبض المستكره الثمن ، أو تسليم المبيع طوعاً ، إلا أنه يخالف البيع الفاسد في صور منها : أنه يجوز بالإجازة القولية والفعلية ، ويزول الفساد بخلاف غيره من البيوع الفاسدة لا تجوز ، وإن أجزت ؛ لأن الفساد فيها لحق الشرع ، والفساد هنا إنما كان صيانة لمصلحة خاصة للمصلحة شرعية عامة ، وبه يشبه بيع المكره الموقوف ، ومن هنا قالوا : إنه بيع فاسد موقوف .

لذا قال زفر : إن الإكراه يجعل العقد غير نافذ ، فهو كعقد الفضولي صحيح موقوف بالنسبة إلى المستكره ، فيتوقف على إجازته بعد زوال الإكراه ؛ لأن الإكراه إنما يخل بحق المستكره ومصلحته ، فيكفي لحمايته جعل العقد موقوف النفاذ على رضاه بعد زوال الإكراه ، ورأي زفر أقوى دليلاً^(٣).

وقال الشافعية والحنابلة : يشترط أن يكون العاقد مختاراً طائعاً في بيع متاع

(١) قال الشافعية (تحفة المحتاج وغيرها من شروح المنهاج) : لا ينعقد بيع أربعة وهم : الصبي مميزاً أو غير مميز ، والمجنون ، والعبد ولو كان مكلفاً ، والأعمى ، ويقع بيعهم باطلاً .

(٢) حاشية ابن عابدين : ٤ ص ٤٥ ، ٨٩ - ٩١ ، الأموال ونظرية العقد للدكتور يوسف موسى : ص ٣٩٨ ، مختصر الطحاوي : ص ٤٠٨ ، المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف ١٨٥ في الحاشية ، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة : ص ٣٢٤ .

نفسه ، فلا ينعقد بيع المكره في ماله بغير حق ، لقوله تعالى : ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ ولقوله عليه الصلاة والسلام : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »^(١) .

وأما الإكراه بحق فلا يمنع من انعقاد العقد ، إقامة لرضا الشرع مقام رضاه ، مثل الإكراه على بيع الدار لتوسعة المسجد أو الطريق أو المقبرة ، أو على بيع سلعة لوفاء دين أو لنفقة زوجة أو ولد أو الأبوين ، أو لأجل وفاء ما عليه من الخراج الحق .

وقال المالكية : بيع المكره غير لازم ، فيكون للعاقده المستكره الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه . هذا ما وجدته في مختصر خليل وشراحه ، لكن قال ابن جزري : يشترط في البائع والمشتري أن يكونا طائعين ، فإن بيع المكره وشراؤه باطلان^(٢) .

بيع التلجئة : صورة بيع التلجئة أو بيع الأمانة : أن يخاف إنسان اعتداء ظالم على بعض ما يملك ، فيتظاهر هو ببيعه لثالث فراراً منه ويتم العقد مستوفياً أركانه وشراؤه . وقد اختلف العلماء في شأنه .

فقال الحنابلة : إنه عقد باطل غير صحيح ، لأن العاقدين ما قصدوا البيع ، فلم يصح منهما كالمالزين . وعبارة الحنفية : بيع المضطر وشراؤه فاسد^(٣) .

وقال الشافعي : هو بيع صحيح ، لأن البيع تم بأركانه وشروطه ، وأتى باللفظ

(١) أخرجه الطبراني عن ثوبان بلفظ « إن الله تجاوز » قال النووي : حديث حسن ، وتعقبه الهيثمي بأن فيه يزيد بن ربيعة الرحي ، وهو ضعيف ، ورواه ابن ماجه وابن حبان ، والدارقطني والطبراني والبيهقي والحاكم في المستدرک من حديث الأوزاعي ، واختلف عليه : فقيل : عن ابن عساکر بلفظ « إن الله وضع » وللحاكم والدارقطني والطبراني : « تجاوز » (انظر التلخيص الحبير : ١٠٩ ، مجمع الزوائد : ٢٥٠/٦) .

(٢) الميزان ٦٢/٢ ، حاشية الدسوقي : ٦/٢ ، مغني المحتاج : ٧/٢ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ٢٤٦ ، غاية المنتهى : ٥/٢ .

(٣) حاشية ابن عابدين : ١١١/٤ ، ٢٥٥ ، المغني : ٢١٤/٤ .

مع قصد واختيار خالياً عن مقارنة مفسد، فصح كما لو اتفقا على شرط فاسد، ثم عقد البيع بغير شرط. وأما عدم رضاه بوقوعه فهو كظنه أنه لا يقع، لا أثر له لخطأ ظنه^(١).

كتبه
مستوفى

٢- الشرط الثاني - من شروط صيغة البيع: أن يكون القبول موافقاً للإيجاب: بأن يرد على كل ما أوجبه البائع وبما أوجبه^(٢) فإذا قال إنسان لآخر: بعتك هذين الثوبين بألف ليرة، فقال المشتري: قبلت في هذا الثوب، وأشار إلى واحد منها، لا ينعقد البيع. وإذا قال لآخر: بعتك هذه الدار بما فيها من مفروشات بألفي ليرة، فقال المشتري: قبلت شراءها دون ما فيها بألف ليرة مثلاً، لم ينعقد العقد أيضاً، لتفريق الصفقة على البائع، والمشتري لا يملك تفريقها؛ لأن من عادة التجار ضم الرديء إلى الجيد، ترويحاً للرديء بواسطة الجيد.

فلو قبل المشتري بأكثر مما طلب، انعقد البيع: لأن القابل بالأكثر قابل بالأقل طبعاً، غير أنه لا يكون ملزماً إلا بالثمن الذي طلبه البائع.

ولو قبل بأقل مما ذكر البائع، لا ينعقد العقد.

وكذا لو خالف في وصف الثمن لا في قدره، كأن أوجب البائع البيع بثمان حالاً، فقبل المشتري بثمان مؤجل، أو أوجب بأجل إلى شهر معين فقبل المشتري بأجل أبعد منه، فلا ينعقد البيع في الحالتين، لعدم تطابق القبول مع الإيجاب.

٣ - أن يتحد مجلس العقد: بأن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، بأن كان الطرفان حاضرين معاً، أو في مجلس علم الطرف الغائب

(١) مغني المحتاج: ١٦٢/٢.

(٢) البدائع: ١٣٦/٥ - ١٣٧، مغني المحتاج: ٥/٢ وما بعدها، كشاف القناع: ١٣٦/٣، الأموال ونظرية العقد

ليوسف موسى: ٢٥٦.

بالإيجاب^(١) . وتتأج هذا الشرط ما يلي :

لو أوجب أحد الطرفين البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول ، أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ، ثم قبل ، لا ينعقد البيع . ولكن لا يشترط الفور في القبول ؛ لأن القابل يحتاج إلى التأمل ، ولو اقتصر على الفور لا يمكنه التأمل ، واعتبر المجلس الواحد جمعاً للمتفرقات للضرورة .

وكذلك قال المالكية^(٢) : لا يضر في البيع الفصل بين الإيجاب والقبول إلا أن يخرج عن البيع لغيره عرفاً .

وقال الشافعية والحنابلة^(٣) : يشترط أن يكون القبول بعد الإيجاب بألا يفصل بينهما فاصل كثير : وهو ما أشعر بالإعراض عن القبول . ولا يضر الفصل اليسير لعدم إشعاره بالإعراض عن القبول . ويضر تخلل كلام أجنبي عن العقد ولو يسيراً بين الإيجاب والقبول .

التعاقد حالة المشي أو الركوب : إذا تبايعا وهما يمشيان أو يسيران على دابة واحدة أو دابتين : فإن اتصل الإيجاب والقبول من غير فصل بينهما ، انعقد العقد ، حتى ولو مشيا خطوة أو خطوتين جاز ، فإن كان بين القبول والإيجاب فصل وسكوت ، وإن قل ، لا ينعقد العقد ؛ لأن المجلس تبدل بالمشي والسير ، وقاسوا ذلك على قراءة آية السجدة وخيار الخيرة^(٤) . فلو قرأ آية سجدة وهو يمشي على الأرض ، أو يسير على دابة لا يصلح عليها ، يلزمه لكل قراءة سجدة ، وكذا لو خير امرأته في المجلس بأن تطلق نفسها منه وهي تمشي على الأرض أو تسير على دابة لا يصلح عليها ، فشت أو سارت : يبطل خيارها لتبدل المجلس ، لأن « التفويض يقتصر على المجلس

(١) البدائع : ١٣٧/٥ وما بعدها ، فتح القدير : ٨٠/٥ ، الأموال للدكتور موسى : ٢٥٧ .

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ١٧/٢ .

(٣) مغني المحتاج : ٥/٢ - ٦ ، كشاف القناع : ١٣٦/٢ .

(٤) خيار الخيرة : هو أن يجيز الرجل امرأته في المجلس بأن تطلق نفسها منه بأن يقول لها : طلقي نفسك إن

شئت .

بخلاف الوكالة فإنها لا تقتصر عليها « وتوكيل الرجل زوجته بتطبيق نفسها يقتصر على المجلس^(١) .

ولو تباعا وهما واقفان ، انعقد البيع ، لاتحاد المجلس .

ولو أوجب أحدهما البيع وهما واقفان ، فسار الآخر قبل القبول أو سارا جميعاً أو سار البائع قبل القبول ، ثم قبل المشتري بعدئذ لا ينعقد ، لأنه لما سار أحدهما أو سارا ، فقد تبدل المجلس قبل القبول ، ويجعل السير دليلاً على الإعراض .

أما لو وقف الزوج ، فخير امرأته ، ثم سار وهي واقفة ، فلها الخيار . ولو سارت هي والزوج واقف بطل خيارها ، فالعبرة إذاً لمجلسها لا لمجلس الزوج ، فما دامت في مجلسها ، لم يوجد منها دليل الإعراض ، فيظل لها الخيار . وأما الزوج فلا يبطل كلامه بالإعراض ؛ لأن التخيير من قبله لازم ، أما في البيع فيعتبر مجلسها جميعاً .

التعاقد على ظهر سفينة أو طائرة : لو تباع الطرفان على سفينة أو طائرة أو قطار ، انعقد العقد ، سواء أكانت هذه الوسائل واقفة أم جارية ، بخلاف المشي على الأرض والسير على الدابة ؛ لأن الشخص لا يستطيع إيقاف تلك الوسائل ، فاعتبر المجلس فيها مجلساً واحداً ، وإن طال ، أما الدابة ، فإنه يستطيع إيقافها .

التعاقد مع غائب : إذا أوجب أحد المتعاقدين البيع أو الشراء والآخر غائب ، فبلغه الإيجاب ، فقبل ، لا ينعقد البيع ، كأن يقول : « بعث هذه البضاعة من فلان الغائب » فبلغه الخبر ، فقبل : لا يصح ، لأن القاعدة الأصلية في هذا : أن أحد شطري العقد الصادر من أحد العاقدين في البيع يتوقف على الآخر في مجلس العقد « أي يظل قائماً ساري المفعول ضمن المجلس لا بعده » ولا يتوقف على الشطر الآخر من العاقد الآخر فيما وراء المجلس بالاتفاق ، إلا إذا كان عنه قابل « أي وكيل » أو كان بالرسالة أو الكتابة^(٢) .

(١) القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة : ٢٤ .

(٢) البدائع : ١٣٧/٥ وما بعدها ، فتح القدير : ٧٩/٥ .

التعاقد بواسطة رسول : أما الرسالة : فهي أن يرسل أحد المتعاقدين رسولاً إلى رجل فيقول المتعاقد الآخر: « إني بعث هذا الثوب من فلان الغائب بكذا » فاذهب إليه ، وقل له : « إن فلاناً باع ثوبه منك بكذا » فجاء الرسول ، وأخبره بما قال ، فقال المشتري في مجلس أداء الرسالة : « اشتريت » أو « قبلت » : تم البيع بينهما ؛ لأن الرسول سفير ومعبّر عن كلام المرسل ، فكأنه حضر بنفسه وخوطف بالإيجاب فقبل ، فينعقد العقد .

التعاقد بالمراسلة : أما الكتابة : فهي أن يكتب رجل إلى آخر : « أما بعد ، فقد بعث فرسي منك بكذا » فبلغه الكتاب ، فقال في مجلسه « أي مجلس بلوغ الكتاب » : « اشتريت أو قبلت » . ينعقد البيع لأن خطاب الغائب كتابة يجعله كأنه حضر بنفسه ، وخوطف بالإيجاب فقبل في المجلس ، فإن تأخر القبول إلى مجلس ثان لم ينعقد البيع .

وللكتاب أن يرجع عن إيجابه أمام شهود بشرط أن يكون قبل قبول الآخر ووصول الرسالة . ويرى جمهور المالكية أنه ليس للموجب الرجوع قبل أن يترك فرصة للقابل يقرر العرف مداها .

واتحاد المجلس شرط للانعقاد أيضاً في الإجارة والهبة ، على التفصيل السابق في البيع .

وأما الخلع فإن شطر العقد الصادر من الزوج يتوقف « أي يظل ساري المفعول » على قبول الآخر وراء المجلس بالاتفاق ، كأن يقول : خالعت امرأتي الغائبة على كذا فبلغها الخبر ، فقبلت ، جاز .

وأما النكاح فهو كالبيع عند أبي حنيفة ومحمد ، لا يتوقف شطر العقد فيه « أي لا يسري مفعوله » إلا إذا كان عن الغائب قابل ، فإذا قال رجل للشهود : « أشهدوا أنني قد تزوجت فلانة بكذا » وبلغها الخبر فأجازت أو قالت امرأة : « أشهدوا أنني تزوجت

نفسى من فلان بكذا» فبلغه، فأجاز، لا ينعقد العقد في الحالين عند أبي حنيفة ومحمد إلا إذا كان عن الغائب قابل .

وعند أبي يوسف : يتوقف شرط العقد في النكاح على قبول الآخر فيما وراء المجلس، فينعقد العقد في هذين المثالين بقبول الغائب، وإن لم يقبل عنه أحد في مجلس العقد .

مبدأ وحدة الصفقة وتفريقها :

الصفقة : ضرب اليد على اليد في البيع، والبيعة للإمام، ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه^(١). قال النووي : الصفقة : هي عقد البيع، لأنه كان من عاداتهم أن يضرب كل واحد من المتعاقدين يده على يد صاحبه عند تمام العقد^(٢).

والعقد يحتاج في تكوينه كما هو معلوم إلى مبيع، وثن، وبائع، ومشتري، وبيع وشراء . وباتحاد بعض هذه الأشياء مع بعض وتفرقها، يحصل اتحاد الصفقة، وتفريقها^(٣).

وقد اتفق العلماء على ضرورة اتحاد الصفقة من حيث المبدأ، لأن من شرائط انعقاد البيع الشرط المذكور قريباً : وهو أن يكون القبول موافقاً للإيجاب، إلا أن هناك اختلافات جزئية في تحقيق هذا المبدأ أو عدم تحقيقه أي تفريق الصفقة .

فقال الحنفية^(٤) : لا بد من معرفة ما يوجب اتحاد الصفقة وتفريقها، وذلك إما بسبب العاقدين أو بسبب المبيع .

أ- أما بالنسبة للعاقدين : فإن اتحد شخص الموجب سواء أكان بائعاً، أم

(١) العناية بهامش فتح القدير : ٥ ص ٨٠ .

(٢) المجموع للنووي : ٩ ص ٤٢٥ .

(٣) العناية، المكان السابق، المجموع : ٩ ص ٤٢٢ وما بعدها .

(٤) فتح القدير : ٨٠/٥، البدائع : ١٣٦/٥ وما بعدها، رد المحتار لابن عابدين : ٢٠/٤ .

مشترياً ، وتعدد القابل المخاطب ، لم يجز للقابلين تفريق الصفقة بأن يقبل أحدهما البيع دون الآخر . وإن انعكس الأمر فتعدد الموجب واتحد القابل ، لم يجز للقابل القبول في حصة أحد الموجبين دون الآخر . مثال الحالة الأولى : أن يقول البائع لمشتريين : بعثكما هذه السلعة بألف ليرة ، فقال أحدهما : اشتريت ، ولم يقبل الآخر ، كانت الصفقة متعددة ، فلم ينعقد العقد إلا باتفاق جديد . ومثال الحالة الثانية : أن يقول شخص للملكي سلعة : اشتريت منك هذه السلعة بألف ليرة مثلاً ، فباعه أحدهما دون الآخر ، فإن الصفقة تتعدد في هذه الحالة ، فلا ينعقد العقد .

ب - وأما بالنسبة للمبيع : فإن اتحد العاقدان ، وقبل أحدهما في بعض المبيع دون بعض ، لم يصح العقد ، لتفرق الصفقة .

وإن اتحد العاقدان ، وتعدد المبيع ، فإما أن يكون المبيع مثليين أو مثلياً وقيماً وفي كلتا الحالتين لا يجوز للمشتري أن يقبل في أحد المبيعين ، ويرفض الآخر ، فإن فعل ، تعددت الصفقة ، وحينئذ لا يتم البيع إلا برضا جديد من البائع بما قبل به المشتري ، فيصبح القبول إيجاباً ، والرضا قبولاً ، ويبطل الإيجاب الأول .

غير أن هناك فرقاً بين الحالتين : وذلك في قسمة الثمن على أجزاء المبيع وفي وحدة الصفقة وتعددتها . فإذا كان المبيع مثليين كقفيزين من أرز أو كمدين من حنطة أو رطلين من حديد ، وقبل المشتري في أحدهما ، انقسم الثمن بنسبة أجزاء المبيع ، فيكون ثمن الجزء الذي تم فيه المبيع في هذا المثال نصف الثمن الأصلي المذكور لجزئي المبيع ؛ لأن الثمن في المثليات ينقسم على المبيع باعتبار الأجزاء ، فكانت حصة كل جزء من الثمن معلوماً . وتكون الصفقة عندئذ واحدة . ويشبه المثليات (المكيل والموزون) في قسمة الثمن عليه بالأجزاء ما إذا كان المبيع شيئاً واحداً كحيوان واحد .

وإذا كان المبيع من غير المثليات أي القيمات كشوبين ودابتين ، لا ينقسم الثمن على المبيع باعتبار الأجزاء ، لعدم تماثل الأجزاء ، وإذا لم ينقسم الثمن في هذه الحالة ،

بقيت حصة كل واحد من جزئي المبيع من الثمن مجهولة، وجهالة الثمن تمنع صحة البيع. فإن أريد تصحيح الصفقة فلا بد من أحد أمرين :

إما أن يكرر البائع لفظ البيع بأن يقول : بعتك هذين الثوبين ، بعتك هذا بألف ، وبعتك هذا بألف ، أو اشتريت منك هذين المتاعين ، اشتريت هذا بمائة ، واشتريت هذا بمائة . فيصح العقد ، ويصبح هنا صفتان .

وإما أن يفرق الثمن على أجزاء المبيع ، بأن يقول البائع : بعتك هذين الكتابين ، هذا بمئة ، وهذا بخمسين ، فقبل المشتري في أحدهما ، جاز البيع لانعدام تفریق الصفقة الواحدة من المشتري ، بل البائع هو الذي فرق الصفقة ، حيث سمى لكل واحد من المبيعين ثماً على حدة ، فكانت هذه الحالة صفقات معني ، وإلا لو كان غرض البائع ألا يبيع المبيعين للمشتري إلا جملة واحدة ، لم تكن هناك فائدة لتعيين ثمن كل منهما على انفراد .

وإذا تطابق الإيجاب والقبول ، لزم البيع ، ولا خيار لواحد من العاقدين إلا بسبب وجود عيب أو عدم رؤية للمبيع . نصت المادة (٢٥١) من المجلة على ما يأتي : « ما يبيع صفقة واحدة إذا ظهر بعضه معيباً : فإن كان قبل القبض ، كان المشتري مخيراً : إن شاء رد مجموعته ، وإن شاء قبله بجميع الثمن ، وليس له أن يرد المعيب وحده ، ويمسك الباقي . وإن كان بعد القبض : فإذا لم يكن في التفريق ضرر ، كان له أن يرد المعيب بحصته من الثمن سالمًا وليس له أن يرد الجميع حينئذ ما لم يرض البائع . وأما إذا كان في تفريقه ضرر ، رد الجميع ، أو قبل الجميع بكل الثمن ، مثلاً : لو اشترى قطنسوتين بأربعين قرشاً ، فظهرت إحداها معيبة قبل القبض ، يردهما معاً ، وإن كان بعد القبض يرد المعيبة وحدها بحصتها من الثمن سالمة ، ويمسك الثانية بما بقي من الثمن . أما لو اشترى زوجي خف ، فظهر أحدهما معيباً بعد القبض ، كان له ردهما معاً للبائع ، وأخذ ثمنها منه . »

وقال أبو حنيفة والمالكية^(١): إذا اشتملت الصفقة على حلال وحرام، كالعقد على سلعة متقومة وخمر، أو خنزير، أو غيرها، فالصفقة كلها باطلة. وقال الصحابان: يصح العقد في الصحيح، ويفسد في الفاسد. ومنشأ الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه هو: أن الصفقة إذا اشتملت على الصحيح والفاسد يتعدى الفساد إلى الكل عند أبي حنيفة. وأما عند الصحابين فلا يتعدى إلى الصحيح، وإنما يقتصر أثر الفساد على الفاسد.

ولو باع الرجل ملكه وملك غيره في صفقة واحدة، صح البيع فيها، ويلزم البيع فيما يملكه المالك، ويتوقف اللزوم في ملك الغير على إجازته، وهذا باتفاق الحنفية والمالكية، لأنهم يصحون العقد الموقوف أو عقد الفضولي، كما سنعلم.

وقال الشافعية والحنابلة في الأرجح عندهم^(٢): تفريق الصفقة معناه: أن يبيع ما يجوز بيعه، وما لا يجوز بيعه صفقة واحدة بثمن واحد، وهو ثلاثة أقسام:

أحدها - أن يبيع معلوماً ومجهولاً بثمن واحد، لقوله: بعتك هذا الكتاب وكتاباً آخر، وهما ملك له بمئة ليرة مثلاً، لم يصح البيع فيها؛ لأن المجهول لا يصح بيعه لجهالته، والمعلوم مجهول الثمن، ولا سبيل إلى معرفته، لأن معرفته إنما تكون بتقسيط الثمن عليها، والمجهول لا يمكن تقويمه، فيتعذر التقسيط.

الثاني - أن يكون المبيعان مما ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء، كشيء مشترك بين اثنين، فباعه كله أحدهما بغير إذن شريكه، وكشيئين من المثليات مثل قفيزين من صبرة واحدة باعها من لا يملك إلا بعضها، فالأصح أن يصح البيع فيما يملكه بقسطه من الثمن، ويفسد فيما لا يملكه؛ لأن لكل واحد منها حكماً مستقلاً حالة إفراده

(١) القوانين الفقهية: ص ٢٦٠، البدائع: ٢١٧/٥.

(٢) المجموع: ٤٢٥/٩ - ٤٣٧، المهذب: ٢٦٩/١، المغني: ٢٣٦/٤ وما بعدها، القواعد لابن رجب: ص ٤٢١، الأشباه

والنظائر للسيوطي: ص ٩٨، غاية المنتهى: ١٦/٢.

بالبيع ، فإذا جمع مع غيره ثبت لكل واحد منها حكمه الخاص به ، كما لو باع رجل شقصاً^(١) وسيفاً فإنه تثبت الشفعة في الشقص بلا خلاف ، كما لو أفرده .

الثالث - أن يكون المبيعان معلومين مما لا ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء أي أن تشتمل الصفقة على حلال وحرام كخل وخمر وشاة وخنزير ، وميتة وشاة مذكاة ، ونحوها من القيمات ، فأصح القولين عند الشافعي وفي رواية عند الحنابلة عن أحمد أن البيع يصح في الحلال ويبطل في الحرام^(٢) . وفي كيفية توزيع الثمن على هذه الأشياء أوجه ثلاثة عند الشافعية أشهرها أنه يوزع الثمن على المبيعين باعتبار الأجزاء ، فيقدر الحمر خلاً ، والخنزير شاة ، والميتة مذكاة . وهذا ما قاله أنصار هذه الرواية الأولى عن أحمد .

ورجح ابن قدامة الحنبلي الرواية الثانية عن أحمد : وهو أنه يفسد البيع في المبيعين جميعاً .

فإن كانت الصفقة مشتملة على مال للبائع ومال لغيره لا ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء ، فالأصح عند الشافعية أيضاً أن البيع يصح فيما يملكه ، ويبطل فيما لا يملكه ويوزع الثمن حسب القيمة لكل منهما ، وعند الحنابلة : الأصح أنه يبطل البيع في المبيعين جميعاً .

وقال الحنابلة والشافعية فيما يتعلق بخيار تفرق الصفقة : متى صح البيع في بعض الصفقة : فإن كان المشتري عالماً بالحال كأن يعلم أن المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء كما ذكرنا ، فلا خيار له ، لأنه اشترى على بصيرة . وإن لم يعلم بالحال ، مثل

(١) الشقص : الطائفة من الشيء ، والمراد به هنا قطعة من أرض أو دار .

(٢) بهذا يعرف المقصود من عبارة يتردد ذكرها عند الشافعية وهي «قولا تفریق الصفقة» الأشهر عند الشافعية : أنها تفرق الصفقة ، فيبطل البيع فيما لا يجوز ، ويصح فيما يجوز ، لأنه ليس إبطاله فيها بأولى من تصحيحه فيها . والقول الثاني : أن الصفقة لا تفرق فيبطل العقد فيها .

أن يشتري رجل متاعاً يظنه كله للبائع ، فبان أنه لا يملك إلا نصفه ، أو متاعين فتبين أنه لا يملك البائع إلا أحدهما ، فله الخيار بين الفسخ والإمساك ، لأن الصفقة تبعضت عليه . وأما البائع عند إمساك المشتري جزء المبيع ، فلا خيار له في الأصح ؛ لأنه رضي بزوال ملكه عما يجوز بيعه بقسطه من الثمن .

فإن تلف أحد المبيعين صفقة واحدة قبل القبض ، فيفسخ العقد في التالف بلا خلاف . وأما الباقي فالمشتري الخيار فيه بين إمساكه بحصته من الثمن ، وبين الفسخ ، لتبعض الصفقة عليه .

وقال الظاهرية^(١) : كل صفقة جمعت حراماً وحلالاً ، فهي باطل كلها ، لا يصح منها شيء ، مثل أن يكون بعض المبيع مغصوباً ، أو غير مملوك للبائع ، أو آل إليه بعقد فاسد .

والخلاصة : أن جمهور العلماء يبطلون الصفقة المشتملة على حلال وحرام أو مملوك وغير مملوك . وقال الشافعية كما رجح النووي : يصح العقد فيما يجوز ، ويبطل فيما لا يجوز .

ثانياً - شروط النفاذ :

لنفاذ^(٢) العقد شرطان :

١ - الملك أو الولاية : الملك هو حيازة الشيء متى كان الحائز له قادراً وحده على التصرف فيه عند عدم المانع الشرعي ، فالقيم على المجنون أو السفية ، والوصي على القاصر ، لا يعتبر أحدهما مالاً يتصرف في الشيء ، على حين أن المجنون والسفيه والقاصر يعتبر كل منهم مالاً ؛ لأن له حق الاستقلال في التصرف والانتفاع لولا

(١) المحلى : ٢٠ / ٩ .

(٢) النفاذ في الأصل المضي والجواز ، ثم أطلق عند الفقهاء على مضي العقد دون توقف على الإجازة أو الإذن .

المانع الشرعي من ذلك وهو أنه تحت ولاية غيره^(١)

والولاية : سلطة شرعية بها ينعقد العقد وينفذ ، وهي إما أصلية : وهي أن يتولى الإنسان أمور نفسه بنفسه ، أو نيابية : وهي أن يتولى الشخص أمور غيره من ناقصي الأهلية ، إما بإنابة المالك كالوكيل أو بإنابة الشارع كالأولياء وهم : الأب والجد والقاضي ووصي الأب أو الجد أو القاضي وترتيبهم كالآتي : الأب ثم وصيه ثم الجد ثم وصيه ثم القاضي ثم وصيه^(٢)

ومدلول هذا الشرط أن يكون المبيع مملوكاً للبائع ، فلا ينفذ بيع الفضولي ، لانعدام الملك والولاية ، لكنه ينعقد عند الحنفية موقوفاً على إجازة المالك .

واعتبر الشافعي الملك أو الولاية من شرائط الانعقاد ، فتعتبر تصرفات الفضولي عنده باطلة . وسنبحث ذلك بالتفصيل قريباً^(٣)

٢- ألا يكون في المبيع حق لغير البائع :

إن كان في المبيع حق لغير البائع كان العقد موقوفاً غير نافذ ، وعلى هذا فلا ينفذ بيع الراهن المرهون ، ولا بيع المؤجر المأجور ، وإنما يكون البيع موقوفاً على إجازة المرتهن ، أو المستأجر ، وليس فاسداً ، وهذا هو الصحيح عند الحنفية ؛ لأن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى مال متقوم مملوك له مقدور على التسليم ، من غير ضرر يلزمه^(٤) .

وذكر الأستاذ مصطفى الزرقاء : أن الرأي الراجح فقهاً : أنه لا يكون البيع موقوفاً على إجازة المرتهن أو المستأجر وإن كانا أصحاب حق في المبيع ، إذ الإجازة

(١) الأموال ونظرية العقد : ص ١٦٥ .

(٢) المرجع السابق : ص ٢٤٨ ، حاشية ابن عابدين : ٦/٤ ، البدائع : ١٥٥/٥ .

(٣) البدائع : ١٤٨/٥ .

(٤) البدائع : ١٥٥/٥ ، حاشية ابن عابدين : ٦/٤ .

لا تكون شرعاً إلا للمالك أو ذي ولاية، بل البيع نافذ، ولكن لا يسلم المبيع إلى المشتري دون رضا المرتهن أو المستأجر صيانة لحقها، بل يمنح المشتري الخيار في أن يفسخ البيع أو ينتظر إلى فكاك الرهن أو إلى انقضاء مدة الإجارة ليستلم المبيع^(١).

تقسيم البيع من حيث النفاذ والوقف :

يترتب على ما ذكرناه من شروط النفاذ عند الحنفية أن البيع قسمان : نافذ وموقوف .

أما البيع النافذ : فهو أن يتوافر فيه ركن العقد مع وجود شرائط الانعقاد والنفاذ .

وأما البيع الموقوف : فهو أن يوجد فيه ركن العقد مع وجود شرائط الانعقاد، ولكن لم يوجد فيه شرط النفاذ : وهو الملك أو الولاية .

واختلال شرط النفاذ : يكون إما في المبيع كما في بيع الفضولي شيئاً غيره، وإما في التصرف كما في بيع الصغير المميز أو المعتوه أو شرائها .

آراء العلماء في تصرف الفضولي :

الفضولي في الأصل : من يشتغل بما لا يعنيه أو يعمل عملاً ليس من شأنه، ومنه سمي فضولياً : من يتصرف في شيء أو يعقد عقداً من العقود، دون أن يكون له ولاية ما على القيام به، كمن يبيع أو يشتري للغير، أو يؤجر أو يستأجر لغيره، دون وكالة أو وصاية أو ولاية له على العقد، وبدون إذن من الغير^(٢). وبيع الإنسان ملك غيره دون إذن منه شائع في الحياة العملية كما في بيع الأزواج ملك زوجاتهم أو بيع الأفراد ملك الحكومة أو ملك من تغيب حتى طالت غيبته .

(١) عقد البيع : ص ٢١، رد المحتار لابن عابدين : ٣٦١/٥ .

(٢) بداية المجتهد : ١٧١/٢، الأموال ونظرية العقد : ص ٢٨٠، أصول البيوع المنوعة للأستاذ عبد السمیع :

ويلاحظ أن الفضولي : هو من يتصرف فيما تظهر ملكية غيره له ، وإلا كان تصرفه من بيع ما لا يملك ، وهو منهي عنه .

ومحل بحثنا : أن يبيع الرجل مال غيره بشرط : إن رضي به صاحب المال أمضي البيع ، وإن لم يرض فسخ ، أو يشتري الرجل للرجل بغير إذنه على أنه إن رضي المشتري ، صح الشراء وإلا لم يصح^(١) ، فالفضولي : هو المتصرف للغير بغير إذنه . وقد اختلف الفقهاء في حكم تصرف الفضولي .

فأما الحنفية : فقد فرقوا بين البيع والشراء ، ففي حالة البيع ينعقد تصرف الفضولي صحيحاً موقوفاً ، سواء أضاف الفضولي العقد إلى نفسه أم إلى المالك ، لأنه لا يمكن نفاذ العقد على العاقد .

وفي حالة الشراء : إن أضاف الفضولي الشراء لنفسه ، مع أنه يريد في نيته الشراء لغيره ، كان الشراء له هو نفسه إن صح أن ينفذ عليه ؛ لأن الأصل أن يكون تصرف الإنسان لنفسه لا لغيره .

وأما إن أضاف الشراء لغيره أو لم يجد عقد الشراء نفاذاً على الفضولي بأن كان صيباً أو محجوراً عن التصرف ، انعقد الشراء صحيحاً موقوفاً على إجازة الغير ، أو من اشترى له ، فإن أجازته نفذ عليه ، واعتبر الفضولي وكيلاً ترجع إليه حقوق العقد .

وفي الجملة : إن تصرفات الفضولي جائزة موقوفة على إجازة صاحب الشأن عند الحنفية^(٢) ، وتصرفات الفضولي مثل بيع المسلم فيه والمغصوب وبيع الوكيل^(٣) هي من الحالات المستثناة من بيع ما ليس مملوكاً للإنسان .

(١) بداية المجتهد : ١٧١/٢ .

(٢) البدائع : ١٤٨/٥ - ١٥٠ ، فتح القدير مع العناية بهامشه : ٣٠٩/٥ وما بعدها ، رد المختار لابن عابدين : ٦-٥/٤ .

(٣) يصح بيع المسلم فيه وإن لم يكن مملوكاً للبائع وقت العقد ، وأما المغصوب فيصح بيعه من الغاصب ويضمن قيمته ، وبيع الوكيل نافذ .

وقال المالكية : تعتبر تصرفات الفضولي وعقوده بصفة عامة في حالة البيع وحالة الشراء منعقدة موقوفة على إجازة صاحب الشأن . فإن أجازها جازت ونفذت وإلا بطلت ؛ لأن الإجازة اللاحقة كالإذن أو الوكالة السابقة^(١) .

استدل الحنفية والمالكية بأيات البيع التي وردت عامة لم يستثن منها كون العاقد فضولياً ، مثل قوله تعالى : ﴿ وَأَحْلُ اللَّهُ بِبَيْعِكُمْ ﴾ وقوله سبحانه : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ وقوله : ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ ﴾ .

والفضولي كامل الأهلية ، فإعمال عقده أولى من إهماله ، وربما كان في العقد مصلحة للمالك ، وليس فيه أي ضرر بأحد ؛ لأن المالك له ألا يجيز العقد ، إن لم يجد فيه فائدته . وقد ثبت أن الرسول ﷺ فيما يرويه البخاري وغيره : أعطى عروة البارقي ديناراً ليشتري له به شاة فاشترى له به شاتين ، فباع إحداها بدينار ، وجاءه بدينار وشاة ، فقال : « بارك الله لك في صفقة يمينك » . وروى الترمذي وأبو داود عن حكيم بن حزام : أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري به شاة يضحىها ، فاشترى شاتين بالدينار ، وباع إحداها بدينار جاء به هو والشاة للرسول ﷺ ، فأثنى عليه ، ودعا له بالبركة قائلاً : « بارك الله لك في صفقتك »^(٢) فالنبي عليه السلام لم يأمر في الحالتين في الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع .

وقال الحنابلة^(٣) : لا يصح تصرف فضولي مطلقاً أي ببيع أو شراء أو غيرها ، ولو أجاز تصرفه بعد وقوعه إلا إن اشترى الفضولي في ذمته ، ونوى الشراء لشخص لم يسمه ، فيصح ، أو اشترى بنقد حاضر ونوى لشخص لم يسمه ، فيصح ، ثم إن أجاز

(١) بداية المجتهد ، المرجع السابق ، حاشية الدسوقي : ١٢/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٢٤٥ .

(٢) انظر سبل السلام : ٣١/٢ .

(٣) كشف القناع : ١١/٢ وما بعدها ، القواعد لابن رجب : ص ٤١٧ ، غاية المنتهى : ٨/٢ ، مطالب أولي النهى

في شرح غاية المنتهى : ١٨/٣ .

الشراء من اشترى له ، ملكه من حين الشراء ، وإن لم يجزه وقع الشراء للمشتري ولزمه حكمه . وقال ابن رجب : تصرف الفضولي جائز موقوف على الإجازة إذا دعت الحاجة إلى التصرف في مال الغير أو حقه ، وتعذر استئذانه إما للجهل بعينه أو لغيبته ومشقة انتظاره .

ونصت المادة (١٣) من مشروع تقنين الشريعة على مذهب أحمد : « تصرف الفضولي باطل ، ولو أجز بعد ، إلا إذا اشترى في ذمته ونوى الشراء لشخص لم يسمه ، فيصح البيع » .

وقال الشافعية والظاهرية : يشترط في المبيع أن يكون مملوكاً لمن له العقد ، فبيع الفضولي باطل من أساسه لا ينعقد أصلاً فلا تلحقه إجازة صاحب الشأن ، ودليلهم ما رواه أبو داود والترمذي - وقال : إنه حسن - عن النبي ﷺ قال : « لا يبيع إلا فيما تملك » . وصح أيضاً النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان^(١) أي ما ليس مملوكاً للبائع ، وذلك للغرر الناشئ عن عدم القدرة على التسليم وقت العقد ، وما يترتب عليه من النزاع . وقالوا عن حديث عروة البارقي أو حكيم بن حزام : إنه محمول على أنه كان وكيلاً مطلقاً عن النبي ﷺ ، ويدل عليه أنه باع الشاة وسلمها^(٢) ، فهي وكالة خالف فيها الوكيل إلى خير فينفذ تصرفه . وأما شراء الفضولي في رأي هؤلاء فيعتبر شراء لنفسه ، ويلزمه هو وحده ولا ينتقل الملك عنه إلى غيره إلا بعقد جديد كما هو رأي الحنفية .

شروط إجازة تصرف الفضولي :

اشترط الحنفية لإجازة عقد الفضولي شروطاً^(٣) :

- (١) نص الحديث رواه أحد وأصحاب السنن الأربعة عن حكيم بن حزام ، وهو أن النبي ﷺ قال له : « لا تبع ما ليس عندك » - حسنه الترمذي (انظر نصب الرأية : ٤٥/٤ ، نيل الأوطار : ١٥٥/٥) .
- (٢) مغني المحتاج : ١٥/٢ ، المجموع للنووي : ٢٨١/٩ ، ٢٨٤ وما بعدها .
- (٣) البدائع : ١٤٩/٥ - ١٥١ ، فتح القدير : ٣١١/٥ ، الدر المختار ورد المختار : ١٤٢/٤ .

١- أن يكون للعقد مجيز حالة العقد : أي من كان يستطيع إصدار العقد بنفسه ، لأن ماله مجيز متصور منه الإذن بإتمام العقد للحال ، وبعد صدور التصرف . وأما ما لا مجيز له فلا يتصور منه الإذن للحال ، والإذن في المستقبل قد يحدث وقد لا يحدث . وعلى هذا : إذا طلق فضولي امرأة زوج بالغ ، أو وهب ماله ، أو تصدق به ، انعقد التصرف موقوفاً على الإجازة ؛ لأن صاحب الشأن كان يستطيع أن يصدر هذه العقود بنفسه ، فيستطيع لهذا أن يجيزها بعد وقوعها ، فكان للتصرف مجيز حال العقد . أما لو فعل فضولي شيئاً مما ذكر بالنسبة لصغير ، فلا ينعقد العقد ؛ لأن الصبي ليس من أهل هذه التصرفات بنفسه ، فلم يكن لها مجيز حين العقد ، وكذلك ولي الصبي لا قيمة لإجازته ؛ لأنه لا يملك أيضاً هذه التصرفات بنفسه .

٢- أن تكون الإجازة حين وجود البائع ، والمشتري ، والمالك ، والمبيع ، فلو حصلت الإجازة بعد هلاك أحد هؤلاء ، بطل العقد ولم تفد الإجازة شيئاً ؛ لأن الإجازة تصرف في العقد ، فلا بد من قيام العقد ، وقيامه بقيام العاقدين والمعقود عليه .

٣- ألا يمكن تنفيذ العقد على الفضولي عند رفض صاحب الشأن ، على ما بينا في ص ١٧٠ .

فسخ عقد الفضولي :

فسخ العقد الصادر من الفضولي كبيع مثلاً : قد يكون من صاحب الشأن المالك للمبيع كما هو واضح ، وقد يكون من الفضولي البائع قبل إجازة المالك ، حتى يدفع عن نفسه الحقوق التي تلزمه لو أجاز المالك ، وقد يكون من المشتري ليدفع عن نفسه ما قد يلحقه من ضرر بشرائه من غير صاحب الشأن .

أما في عقد الزواج : فليس للفضولي فسخه ، لأنه عقد ترجع فيه - حقوق إلى الأصيل صاحب الشأن^(١) .

(١) البدائع : ١٥١/٥ ، فتح القدير : ٣٠٩/٥ - ٣١٢ .

هل للفضولي الواحد أن يعقد العقد عن الطرفين ؟

إذا باع الفضولي دار إنسان مثلاً وهما غائبان ، وقبل عن المشتري ، أو زوج إنساناً من امرأة وقبل عنها ، فلا ينعقد العقد ؛ لأن تعدد العاقد شرط في انعقاد العقد ، كما سبق بيانه ، فلا يتوقف الإيجاب على قبول غائب عن المجلس في سائر العقود من نكاح وبيع وغيرهما ، بل يبطل الإيجاب ولا تلحقه الإجازة اتفاقاً .

وعلى هذا : إذا كان الشخص في عقد النكاح فضولياً من الجانبين أو من جانب واحد وكان من الجانب الآخر أصيلاً أو وكيلاً أو ولياً ، فلا يتوقف إيجابه ، بل يبطل عند أبي حنيفة ومحمد ، سواء تكلم بكلام واحد أو بكلامين : أي إيجاب وقبول ، كزوجت فلاناً وقبلت عنه . وقال أبو يوسف : يتوقف إيجاب الفضولي على قبول الغائب ، كما يتوقف اتفاقاً لو قبل عنه فضولي آخر ، فلو زوج فضولي رجلاً من امرأة بغير علمها جاز ، وتوقف على قبولها ، فإن قبل نفذ العقد ، وإن رفض لم ينفذ .

دليل الطرفين : أن قبول الفضولي غير معتبر شرعاً ؛ لأن الإيجاب لما صدر من الفضولي ، وليس له قابل في المجلس ، ولو فضولياً آخر ، صدر باطلاً ، غير متوقف على قبول الغائب ، فلا يفيد قبول العاقد بعده .

وبعبارة أخرى : إن الموجود حينئذ هو شرط العقد ، ولا يمكن أن يعتبر الشرط الآخر متحققاً إلا بوكالة أو ولاية .

ودليل أبي يوسف : أن عبارة الفضولي تتضمن شطري العقد ، فيجوز كما في الولي والوكيل ^(١) .

تصرف الصبي المميز :

إذا كان الصبي عاقلاً مميزاً : تصح تصرفاته في رأي الحنفية والحنابلة موقوفة على

(١) انظر حاشية ابن عابدين : ٤٤٨/٢ ، الأحوال الشخصية للأستاذ المرحوم الدكتور مصطفى السباعي : ٩٥/١ .

إجازة وليه ، مادام صغيراً أو على إجازته بنفسه بعد البلوغ إن لم توجد الإجازة من وليه حال صغره . فلو بلغ الصبي قبل إجازة الولي ، فأجاز بنفسه جاز^(١) ، وقد سبق ذكره ، وتعرضنا له هنا لصلته بالبيع الموقوف .

ثالثاً - شروط صحة البيع :

شروط الصحة قسمان : عامة وخاصة^(٢) .

فالشروط العامة : هي التي يجب أن تتحقق في كل أنواع البيع لتعتبر صحيحة شرعاً . وهي إجمالاً أن يخلو عقد البيع من العيوب الستة ، وهي : الجهالة ، والإكراه ، والتوقيت ، والغرر ، والضرر ، والشروط المفسدة .

الأول - الجهالة : يراد بها الجهالة الفاحشة أو التي تفضي إلى نزاع يتعذر حله وهو النزاع الذي تتساوى فيه حجة الطرفين بالاستناد إلى الجهالة ، كما لو باع إنسان شاة من قطيع . وهذه الجهالة أربعة أنواع :

١ - جهالة المبيع جنساً أو نوعاً أو قدراً بالنسبة إلى المشتري .

٢ - جهالة الثمن كذلك : فلا يصح بيع الشيء بثمن مثله ، أو بما سيستقر عليه السعر .

٣ - جهالة الآجال ، كما في الثمن المؤجل ، أو في خيار الشرط ، فيجب أن تكون المدة معلومة وإلا فسد العقد . ويلاحظ أن الذي يجوز تأجيله لأجل معلوم في عقد البيع هو الثمن أو المبيع إذا كان كل منهما ديناً ثابتاً في الذمة ، فإن كان الثمن أو المبيع عيناً ، فلا يجوز تأجيله باتفاق العلماء ، فلو باع شخص سلعة معينة على أن يسلمها بعد شهر ، أو اشترى شخص آخر بثمن عين على أن يدفع الثمن بعد شهر ، فالبيع فاسد ،

(١) البدائع : ١٤٧٥ ، المغني : ٢٤٦/٤ .

(٢) انظر التفصيل في حاشية ابن عابدين : ٦/٤ ، عقد البيع للأستاذ الزرقاء ص ٢٥ وما بعدها ، الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى : ص ٣٩٤ وما بعدها .

ولو كان الأجل معلوماً؛ لأن الأجل شرع ترفيها ليمكن العاقد من الحصول على العوض أثناءه، وهذا أمر يليق بالديون لأنها ليست معينة في البيع، ولا يليق بالأعيان المعينة لأن المبيع العين معين حاضر، فيكون تأخير تسليمه ملحقاً ضرراً من غير فائدة أو تحصيلاً لحاصل^(١).

٤ - الجهالة في وسائل التوثيق، كما لو اشترط البائع تقديم كفيل أو رهن بالثمن المؤجل، فيجب أن يكونا معينين وإلا فسد العقد.

الثاني - الإكراه: هو حمل المستكره على أمر يفعله وهو نوعان:

١ - إكراه ملجئ أو تام: وهو الذي يجد المستكره نفسه مضطراً به لفعل الأمر المكره عليه، وذلك كالتهديد بالقتل أو الضرب الذي يخشى منه ضياع عضو.

٢ - إكراه غير ملجئ أو ناقص: كالتهديد بالحبس أو الضرب أو إيقاع الظلم به كمنع ترقية في وظيفته أو إنزاله درجة.

والإكراه بنوعيه يؤثر في البيع، فيجعله فاسداً عند جمهور الحنفية وموقوفاً عند زفر. فملك المشتري المبيع بالقبض إذا اعتبر فاسداً، ولا يملكه مطلقاً بالقبض إذا اعتبر موقوفاً، والأرجح اعتبار عقد المكره موقوفاً، لأنه باتفاق الحنفية إذا أجازه المستكره بعد زوال الإكراه يجوز ويلزم في حقه، وهذا هو حكم العقد الموقوف لا الفاسد^(٢).

الثالث - التوقييت: هو أن يوقت البيع بمدة كما لو قال: بعثك هذا الثوب شهراً أو سنة، فيكون البيع فاسداً، لأن ملكية العين لا تقبل التآقيت.

(١) راجع فتح القدير: ٢١٩/٥، المجموع: ٢٧٢/٩، بداية المجتهد: ١٥٥/٢.

(٢) انظر البدائع: ١٨٨/٧، المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ١/٣٦٤ في الحاشية ف١٨٥.

الرابع - الغرر : المراد به غرر الوصف ، كما لو باع بقرة على أنها تحلب كذا رطلاً ، لأنه موهوم التحقق فقد ينقص .

أما لو باعها على أنها حلوب دون تحديد مقدار ، فإنه شرط صحيح . وأما غرر الوجود فهو مبطل للبيع لنهي النبي ﷺ عن بيع الغرر^(١) : وهو ما كان المبيع فيه محتملاً للوجود والعدم ، كبيع نتاج التناج ، وبيع الحمل الموجود .

الخامس - الضرر : يراد به ما إذا كان تسليم المبيع لا يمكن إلا بإدخال ضرر على البائع ، فيما سوى المبيع من ماله ، كما لو باع جذعاً معيناً في سقف مبني ، أو ذراعاً من ثوب يضره التبعض ، فإن التنفيذ يقضي بهدم ما حول الجذع وتعطيل الثوب .

وبما أن الفساد هنا لصيانة حق شخصي ، لا لحق الشرع ، قرر الفقهاء أن البائع لو نفذ الضرر على نفسه ، بأن قلع الجذع أو قطع الثوب وسلمه إلى المشتري ، انقلب البيع صحيحاً .

السادس - الشرط المفسد : هو كل شرط فيه نفع لأحد المتبايعين ، إذا لم يكن قد ورد به الشرع ، أو جرى به العرف ، أو يقتضيه العقد ، أو يلائم مقتضاه ، مثل أن يبيع سيارة على أن يستخدمها شهراً بعد البيع ، أو داراً على أن يظل مقيماً بها مدة معينة ، أو أن يشترط المشتري على البائع في صلب العقد أن يقرضه مبلغاً من المال .

والشرط الفاسد إذا وجد في عقد من عقود المعاوضات المالية كالبيع والإجارة والقسمة مثلاً أفسده ، ولكنه يكون لغواً في العقود الأخرى ، مثل التبرعات والتوثيقات والزواج ، وتكون هذه العقود حينئذ صحيحة^(٢) .

وقد علق الأستاذ مصطفى الزرقاء على ذلك ، فقال : وبما أن عرف الناس

(١) رواه مسلم وأحمد وأصحاب السنن الأربعة عن أبي هريرة رضي الله عنه (انظر جامع الأصول : ٤٤١/١ ، مجمع الزوائد : ٨٠/٤) .

(٢) الأموال ونظرية العقد لأستاذنا المرحوم محمد يوسف موسى : ص ٤٢٣ .

مصحح للشروط في نظر الفقهاء ، فكل شرط فاسد في الأصل ينقلب صحيحاً ملزماً إذا تعارفه الناس ، وشاع بينهم اشتراطه . وعندئذ نستطيع القول : بأن الشرط الفاسد قد زال فقهيّاً من معاملات الناس بمفعول الزمن ، وأصبحت الشروط في هذا العصر كلها صحيحة بمقتضى قواعد الاجتهاد الحنفي نفسه^(١) .

وأما الشروط الخاصة : فهي التي تخص بعض أنواع البيع دون بعض وهي كما يأتي :

١ - القبض في بيع المنقولات : أي أنه إذا باع شخص شيئاً من المنقولات التي كان قد اشتراها ، فيشترط لصحة بيعه : أن يكون قد قبضها من بائعها الأول ، لأن المنقول يكثر هلاكه ، فيكون في بيعه ثانية قبل قبضه غرر ، أما إذا كان عقاراً فيجوز بيعه قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما سيأتي .

٢ - معرفة الثمن الأول إذا كان البيع مراجعة أو تولية أو وضعية أو إشراكاً .
وسنذكر تفسيرها .

٣ - التقابض في البدلين قبل الافتراق إذا كان البيع صرفاً .

٤ - توافر شروط السلم التي سيأتي ذكرها إذا كان البيع سلفاً .

٥ - المماثلة في البدلين إذا كان المال ربوياً والخلو عن شبهة الربا .

٦ - القبض في الديون الثابتة في الذمة ، كالمسلم فيه ، ورأس مال السلم ، وبيع شيء بدين على غير البائع ، فلا يصح بيعها من غير من عليه الدين إلا بعد قبضها .
مثاله : لا يصح لرب السلم أي (المشتري) أن يبيع المال المسلم فيه قبل قبضه من المسلم إليه (البائع) ، ولا يصح للدائن أن يشتري بدينه شيئاً من غير المدين قبل قبضه .

(١) عقد البيع : ص ٢٨ .

رابعاً - شروط لزوم البيع :

شروط اللزوم تأتي بعد شرائط الانعقاد والنفاد ، فيشترط للزوم البيع : خلوه من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد العاقدين فسخ العقد : مثل خيار الشرط والوصف والنقد والتعيين ، والرؤية ، والعيب ، والغبن مع التغيرير . فإذا وجد في البيع شيء من هذه الخيارات منع لزومه في حق من له الخيار ، فكان له أن يفسخ البيع أو أن يقبله ، إلا إذا حدث مانع من ذلك ، كما سيأتي في مباحث الخيارات^(١) .

هذه هي شروط البيع بأنواعها الأربعة : فإذا فقد شيء من شرائط الانعقاد بطل البيع ، أو من شرائط الصحة فسد ، أو من شرائط النفاذ توقف ، أو من شرائط اللزوم كان لمن له الخيار فسخه .

ويلاحظ أن الانعقاد يقابله البطلان ، والصحة يقابلها الفساد ، والنفاد يقابله التوقف ، واللزوم يقابله عدم اللزوم أي التخيير .

خلاصة أنواع شروط البيع في المذاهب وبيان الاتفاق والاختلاف

فيها :

اختلف الفقهاء في أنواع شروط البيع ، فهي عند الحنفية ثلاثة وعشرون شرطاً ، وفي مذهب المالكية أحد عشر شرطاً ، ولدى الشافعية اثنان وعشرون شرطاً ، وفي رأي الحنابلة أحد عشر شرطاً .

الشروط في مذهب الحنفية :

شروط البيع عند الحنفية أربعة أقسام : شروط الانعقاد ، وشروط الصحة ، وشروط النفاذ ، وشروط اللزوم ، وجملتها ثلاثة وعشرون شرطاً^(٢) .

(١) حاشية ابن عابدين : ٦/٤ ، عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٣٢ .

(٢) البدائع : ١٣٥/٥ - ١٤٨ ، ١٥٥ .

أما شروط الانعقاد ، فهي أربعة أنواع :

النوع الأول - شروط التعاقد : يشترط في التعاقد ، سواء أكان بائعاً أم مشترياً
شرطان هما :

١- أن يكون عاقلاً أو مميزاً : فلا ينعقد بيع المجنون ولا شراؤه ، ومثله الصغير غير
المميز .

٢- أن يكون متعدداً : فلا ينعقد البيع بشخص واحد ، بل يلزم أن يكون
الإيجاب من شخص ، والقبول من شخص آخر ، إلا الأب ووصيه والقاضي والرسول
من الجانبين ، يكون كل منهم بائعاً ومشترياً بنفسه .

النوع الثاني - شروط الصيغة : يشترط في صيغة العقد من الإيجاب والقبول
ثلاثة شروط هي :

١- سماع الصيغة : فلا ينعقد البيع إلا إذا سمع كل واحد من التعاقدين كلام
صاحبه .

٢- توافق الإيجاب والقبول : بأن يقبل المشتري كل ما أوجبه البائع وبما أوجبه
من الثمن ، فإذا اختلف القبول مع الإيجاب ، لا ينعقد البيع ، إلا إذا كانت المخالفة إلى
خير ، بأن يقبل المشتري زيادة عن الثمن الموجب به .

٣- اتحاد مجلس العقد : بأن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد ، دون
فاصل ، فإن اختلف المجلس لا ينعقد البيع ، وإن تخلل انقطاع أجنبي عن العقد بأن
يقوم أحدهما عن المجلس قبل القبول ، أو يشتغل بعمل آخر ، لم ينعقد البيع . واعتبر
المجلس الواحد جمعاً للمتفرقات بحسب عرف التعاقد وعادة الناس . ولا يشترط الفور
في القبول ؛ لأن القابل يحتاج إلى التأمل .

وفي التعاقد بين غائبين بطريق المراسلة يعتبر مجلس بلوغ الرسالة من العاقد الأول إلى الثاني هو مجلس التعاقد .

النوع الثالث - شروط العقود عليه : يشترط في العقود عليه خمسة شروط هي :

١- أن يكون المبيع مالاً : وهو ما يمكن الانتفاع به في العادة ، فلا ينعقد بيع الميتة وبيع اليسير من المال كحبة حنطة ؛ لأنه ليس بمال .

٢- أن يكون متقوماً : وهو ما يباح الانتفاع به شرعاً ، فلا ينعقد بيع الخمر والخنزير ؛ إذ لا يباح الانتفاع بهما شرعاً . وقد جمعنا هذين الشرطين سابقاً في شرط واحد .

٣- أن يكون محرراً أي مملوكاً في نفسه : وهو ما دخل تحت حيازة ملك خاص ، فلا ينعقد بيع مالمليس بمملوك لأحد من الناس ، كالعشب المباح ولو في أرض مملوكة .

٤- أن يكون العقود عليه موجوداً حين التعاقد : فلا ينعقد بيع المعدوم كنتاج النتاج (ولد الولد) ، ولا ماله خطر العدم واحتمال الوجود كالحمل في البطن ، واللبن في الضرع .

٥- أن يكون مقدور التسليم حين العقد : فلا ينعقد بيع السمك في الماء والطير في الهواء .

النوع الرابع - شرط البدل :

وهو شرط واحد وهو أن يكون مالاً متقوماً قائماً ، فلا ينعقد البيع بثمن لا يعد مالاً متقوماً كالخمر والخنزير .

وأما شروط الصحة : فهي قسمان : عامة وخاصة .

أما العامة : فهي المتعلقة بكل أنواع البيع ، وهي جميع شروط الانعقاد المذكورة آنفاً ؛ لأن كل عقد لا ينعقد ، فلا يصح أيضاً ، ويزاد عليها شروط أربعة هي :

١- أن يكون المبيع معلوماً والثمن معلوماً علماً يمنع من المنازعة : فلا يصح بيع المجهول كشاة من قطيع غنم ، ولا أن يبيع شيئاً بثمن مجهول غير معين ، كأن يبيع شيئاً بقيته ، أو بما في يده أو جيبه .

٢- ألا يكون البيع مؤقتاً : فإن أقتنه بوقت لا يصح ؛ لأن مقتضى البيع هو إفادة نقل الملكية في البدلين (المبيع والثمن) أبدياً على الدوام .

٣- أن يكون للبيع فائدة : فلا يصح بيع درهم بدرهم مساو له .

٤- أن يخلو عن الشرط المفسد : وهو كل شرط فيه منفعة زائدة لأحد المتعاقدين ، إذا لم يرد به الشرع ، ولم يجز به العرف ، ولا يلائم مقتضى العقد ، كاشتراط أن تكون الدابة حاملاً ، أو أن ينتفع بالمبيع مدة بعد البيع ، أو أن يقرض المشتري البائع مبلغاً من المال .

وأما الشروط الخاصة ببعض أنواع البيوع فهي خمسة :

١- القبض في بيع المنقول والعقار الذي يخشى هلاكه : فإن اشترى شخص شيئاً ، لم يصح بيعه لآخر قبل قبضه للنهي عن بيع مالم يقبض . أما العقار الذي لا يخشى هلاكه ، فيجوز بيعه قبل القبض في رأي الشيخين أبي حنيفة وأبي يوسف .

٢- أن يكون الثمن الأول معلوماً في بيوع الأمانة : وهي بيع المراجعة والتولية والوضيعة .

٣- التقابض والتساوي في البدلين المتحدي الجنس وكانا مما يكال أو يوزن ، وهذا شرط في بيع الأموال الربوية .

٤- توافر شروط السلم الخاصة به مثل قبض رأس مال السلم كله في مجلس العقد .

٥- ألا يكون أحد البدلين دَيْناً في بيع الدين إلى غير المدين .

وأما شروط النفاذ : فهي اثنان :

أ- أن يكون المبيع مملوكاً للبائع ، أو له عليه ولاية : فلا ينفذ بيع غير المملوك للبائع وهو بيع ملك الغير أو بيع الفضولي ، إلا في عقد السلم ، فإنه يصح بيع ما سملكه بعد العقد .

ب- ألا يكون في المبيع حق لغير البائع : فلا ينفذ بيع المرهون والمأجور ؛ لأنه وإن كان مملوكاً له ، ولكن للغير حق فيه .

وأما ما يشترط في لزوم العقد : فهو شرط واحد :

وهو خلو البيع من الخيار ، فلا يلزم البيع المشتل على الخيار ، ويجوز فسخه .

شروط البيع في مذهب المالكية :

اشتراط المالكية شروطاً في العاقد وفي الصيغة وفي العقود عليه ، وجملتها أحد عشر شرطاً^(١) .

أما شروط العاقد بائعاً أو مشترياً فهي ثلاثة ، يزداد عليها رابع في البائع :

أ- أن يكون كل من البائع والمشتري مميزاً : فلا يتعقد بيع الصبي غير المميز ، والمجنون والمغمى عليه والسكران . أما بيع المميز فلا يلزم وإن كان صحيحاً إلا إذا كان وكيلاً عن مكلف ، فإن بيعه يلزم .

ب- أن يكون كلاهما مالكين ، أو وكيلين لمالكين ، أو ناظرين عليهما : فيتعقد بيع الفضولي : وهو الشراء لأحد بغير إذنه أو البيع عليه بغير إذنه ، ويتوقف على إذن المالك .

ج- أن يكونا طائعين : فبيع المكره وشراؤه باطلان . والمعتمد لدى المالكية أن بيع المكره غير لازم .

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٤٥ وما بعدها ، بداية المجتهد : ١٢٥/٢ - ١٢٧ - ١٢٨ - ١٧١ .

٤- أن يكون البائع رشيداً: فلا ينفذ بيع السفينه والمحجور، وشراؤه موقوف على إجازة وليه .

ولا يشترط الإسلام في العاقد إلا في شراء العبد المسلم، وفي شراء المصحف . ويصح بيع الأعمى وشراؤه .

وأما شروط الصيغة فهي اثنان :

١- أن يتحد المجلس: بأن يكون القبول مع الإيجاب في مجلس واحد: فلو قال البائع للمشتري: بعتك الكتاب بكذا، فلم يجبه، ثم تفرقا عن المجلس، لم ينعقد البيع .

٢- ألا يفصل بين الإيجاب والقبول فاصل يدل على الإعراض عن البيع عرفاً: فإن وجد فاصل يدل على الإعراض عرفاً، لم ينعقد البيع .

وأما شروط الثمن والمثمن فهي خمسة :

١- أن يكون غير منهي عنه شرعاً: فلا ينعقد بيع الميتة والدم ومالم يقبض .

٢- أن يكون طاهراً: فلا يجوز بيع النجس كالخمر والخنزير، والمشهور منع بيع العاج والزبل والزيت والنجس مطلقاً . وأجاز ابن وهب ذلك البيع، فمن رأى أن عاج الفيل ناب جعله كاللينة، ومن رأى أنه قرن معكوس جعل حكمه حكم القرن .

٣- أن يكون منتفعاً به شرعاً: فلا يجوز بيع ما لا منفعة فيه كالكلاب والحشاش (الحشرات) وآلات اللهو، واختلف المالكية في بيع الكلاب للصيد والغم على رأيين .

٤- أن يكون معلوماً للعاقدين: فلا يجوز بيع المجهول .

٥- أن يكون مقدوراً على تسليمه: فلا ينعقد بيع معجوز التسليم كالسمك في

الماء .

شروط البيع في مذهب الشافعية :

اشترط الشافعية اثنين وعشرين شرطاً وهي إما في العاقد ، وإما في الصيغة ، وإما في المعقود عليه ^(١) .

أما شروط العاقد فهي أربعة :

١- الرشد : وهو أن يكون بالغاً عاقلاً ، مصلحاً لدينه وماله : فلا ينعقد بيع صبي وإن قصد اختباره ، ولا من مجنون ، ولا من مجور عليه بسفه . لكن لو أتلّف الصبي أو تلّف عنده ما ابتاع أو ما اقترض من رشيد ، وأقبضه له ، لم يضمن ؛ لأنّ المقبض أو المسلم هو المضيع لماله ، هذا في الظاهر ، أما في الباطن ، فيغرم بعد البلوغ ، كما نص عليه الشافعي في الأم في باب الإقرار . أما إن تسلّم المبيع من صبي مثله ، ولم يأذن الوليان لها ، ضمن كل منهما ما قبض من الآخر . فإن كان التسليم بإذن الوليين ، فالضمان عليهما فقط ، لوجود التسليط منهما .

وعلى البائع للصبي رد الثمن إلى وليه ، فلو رده إلى الصبي ، ولو بإذن الولي ، وهو ملك الصبي ، لم يبرأ منه . وإن رده للولي برئ منه . هذا أي عدم البراءة ما إذا لم يكن المبيع في مصلحة تتعلق ببدن الصبي من مأكّل أو مشرب ونحوهما ، وإلا برئ .

٢- عدم الإكراه بغير حق : فلا يصح عقد مكره في ماله بغير حق ، لقوله تعالى : ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ .

ولا أثر لقول المكره بغير حق إلا في الصلاة ، فتبطل به في الأصح ، ولا لفعله إلا في الرضاع والحدث والتحول عن القبلة وترك القيام في الفريضة مع القدرة ، وكذا القتل ونحوه في الأصح .

أما الإكراه بحق : فيصح ، إقامة لرضا الشرع مقام رضاه ، كمن توجه عليه دين ،

(١) معني المحتاج : ٢ / ٥ - ١٦ ، تحفة الطلاب : ص ١٤١ - ١٤٥ .

وامتنع من الوفاء والبيع ، فإن شاء القاضي ، باع ماله بغير إذنه ، لوفاء دينه ، وإن شاء عزره وحبسه إلى أن يبيعه .

٢- إسلام من يشتري له مصحف ونحوه من كتب حديث وأثار سلف وكتب فقه فيها شيء من القرآن والحديث وأثار السلف ، لما في ذلك من الإهانة لها : فلا يصح شراء الكافر المصحف ونحوه مما ذكر ، ولا شراء الكافر العبد في الأظهر ، لما فيه من إذلال المسلم ، ولقوله تعالى : ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً ﴾ .

٤- ألا يكون المشتري حربياً محارباً في بيع آلات الحرب كسيف ورمح ونحوهما ، لتقوي الحربيين بها على المسلمين ، واستعانتهم بذلك على قتالنا . أما غير عُدّة الحرب ، ولو مما يصنع منه كالحديد ، فيجوز بيعه للحربي ؛ إذ لا يتعين جعله عدة حرب . والذمي في دار الحرب كالحربي .

وأما شروط الصيغة فهي ثلاثة عشر :

١- الخطاب : بأن يخاطب كل من العاقدين صاحبه ، كأن يقول له : بعتك كذا ، فلو قال : بعث لزيد ، فلا يصح

٢- أن يقع الخطاب على جملة المخاطب : كأن يقول له : بعتك ، أما لو قال له : بعث يدك أو رأسك مثلاً ، فلا يصح .

٣- أن يكون القبول من صدر معه الخطاب : فلو وجه الايجاب ، فقبل عنه آخر ليس وكيلاً عنه ، فلا يصح البيع . ولو مات المخاطب به قبل قبوله ، فقبل وارثه ، لم ينقصد البيع ، وكذا لو قبل وكيله أو موكله .

٤- أن يذكر البادئ بالكلام الثن والمثنى : كأن يقول : بعتك هذا الشيء بكذا ، أو اشتريت منك هذا الشيء بكذا .

٥- أن يقصد كلا العاقدين معنى اللفظ الذي ينطق به : فإذا جرى على لسانه

لفظ الايجاب أو القبول ، أو كان هازلاً ، دون أن يقصد التملك والتملك ، لا يصح البيع .

٦- أن يصر البادي على ما أتى به من الإيجاب إلى القبول ، وأن تستمر أهلية العاقدين إلى تمام القبول : فلو قال : بعتك ، ثم جن أو أغمي عليه قبل قبول الآخر ، بطل العقد . ولو أوجب بمؤجل أو شرط الخيار ، ثم أسقط الأجل أو الخيار ، لم يصح العقد ، لضعف الايجاب وحده ، في الحالتين .

٧- ألا يطول الفصل بين لفظي الإيجاب والقبول ، ولو بكتابة أو إشارة أخرس بسكوت طويل . والفاصل الطويل : هو ما أشعر بإعراضه عن القبول . أما الفصل اليسير بالسكوت فلا يضر ، لعدم إشعاره بالإعراض عن القبول .

٨- ألا يتخلل بين الإيجاب والقبول كلام أجنبي عن العقد ، ولو يسيراً ، فيصر الفصل اليسير بالكلام الأجنبي ؛ وإن لم يتفرقا عن المجلس ؛ لأن فيه إعراضاً عن القبول ، بخلاف السكوت اليسير ، وبخلاف يسير الكلام الأجنبي في الخلع ؛ لأن فيه من جانب الزوج شائبة التعليق ، ومن جانب الزوجة شائبة جعالة ، وكل منهما موسع فيه محتمل للجهالة ، بخلاف البيع .

٩- ألا يغير الموجب كلامه قبل قبول الآخر : فإذا قال : بعتك بخمسة ، ثم قال : بعشرة ، قبل أن يقبل الآخر ، لم يصح العقد .

١٠- سماع الصيغة : بأن يسمع كل عاقد ومن بقره من الحاضرين كلام الآخر ، فإن لم يسمعه من كان قريباً لم ينعقد العقد .

١١- أن يتوافق الإيجاب والقبول تماماً : فلو اختلفا ، لم يصح العقد .

١٢- ألا يعلق الصيغة بشيء لا يقتضيه العقد : مثل إن جاء فلان فقد بعتك كذا ، أو بعتك هذه الدار إن شاء فلان أو إن شاء الله ؛ لأن البيع يقتضي التنجيز .

أما إن علق بما يقتضيه العقد ، كقوله : بعتك هذا بكذا إن شئت ، فقال : اشتريت ، صح العقد ؛ لأن هذا التعليق لا ينافي العقد ، وهو تصريح بمقتضى العقد .

١٣- ألا يكون العقد مؤقتاً : فلو قال : بعتك الدار بألف شهراً مثلاً ، لم يصح ؛ لأن البيع يقتضي التأييد .

وأما شروط المعقود عليه فهي خمسة :

١- أن يكون المعقود عليه طاهراً : فلا يصح بيع الكلب والخنزير ، والمتنجس الذي لا يمكن تطهيره كالخلح واللبن والدبس وكذا الدهن في الأصح .

٢- أن يكون منتفعاً به شرعاً : فلا يصح بيع الحشرات التي لا تنفع فيها ، ولا يصح بيع كل سبع أو طير لا ينفع كالأسد والذئب والحدأة والغراب غير المأكول . ولا يصح بيع آلة اللهو كالطنبور والصنج والمزمار والعود والأصنام والصور وإن اتخذت من نقد ، للحرمة ، ولأنه لا نفع بها شرعاً . ولا يصح بيع حبة حنطة ونحوها ، لعدم المالية . ويمكن أن يشمل هذين الشرطين كون المعقود عليه غير منهي عنه شرعاً . ويصح بيع الماء المحرز على الشط ، والحجر عند الجبل والتراب بالصحراء ممن حازها ، في الأصح ، لظهور المنفعة فيها .

٣- أن يكون مقدور التسليم : فلا يصح بيع الطير في الهواء ولا السمك في الماء ، ولا بيع الضالّ والأبق والمغصوب ، لكن إن باعه لقادر على انتزاعه من الغاصب ، أو باع الأبق لقادر على رده ، صح على الصحيح ، نظراً إلى وصوله إليهما ، إلا إن احتاج إلى مؤنة ، فالظاهر البطلان .

٤- أن يكون مملوكاً للعاقده أوله عليه ولاية : فبيع الفضولي (وهو البائع مال غيره بغير إذنه ولا ولاية له) باطل ، لقوله ﷺ : « لا يبيع إلا فيما تملك »^(١) .

(١) رواه أبو داود والترمذي ، وقال : إنه حسن .

٥- أن يكون معلوماً للعاقدين عيناً وقدرأً وصفة : فيبيع أحد الثوبين ونحوها باطل للغرر أو الجهالة . ويصح بيع صاع من صبرة (وهي الكومة من الطعام) لتساوي أجزائها ، وتغتفر جهالة المبيع هنا ، فإنه ينزل على صاع مبهم ، لتعذر الإشاعة . أما بيع شيء من أشياء متفاوتة الأجزاء كبيع شاة من هذه الشياه ، فلا يصح ، لتفاوت الأجزاء .

شروط البيع في مذهب الحنابلة :

اشترط الحنابلة أحد عشر شرطاً في البيع : إما في العاقد ، وإما في الصيغة ، وإما في العقود عليه^(١) .

أما شروط العاقد : فهي اثنان :

١- الرشد إلا في يسير : فلا يصح بيع الصبي والمجنون والسكران والسفيه ، لكن إذا أذن الولي لمميز وسفيه لمصلحة ، صح العقد ، ويحرم الإذن لهما بلا مصلحة ، لما فيه من الإضاعة .

ولا يصح من المميز والسفيه قبول هبة ووصية وبيع ونحوها بلا إذن ولي لهما .

ويصح تصرف صغير ولودون سن التمييز في الأمر اليسير ، لما روي « أن أبا الدرداء اشترى من صبي عصفوراً فأرسله »^(٢) . ويصح تصرف سفيه في شيء يسير كباقة بقل وكبريت ونحوها ؛ لأن الحكمة في الحجر خوف ضياع المال ، وهو مفقود في اليسير .

ويصح توكيل مميز في إرسال هدية ودخول دار ، عملاً بالعرف .

٢- التراضي من المتبايعين والاختيار أو عدم الإكراه إلا بحق : وهو أن يأتي

(١) غاية المنتهى : ٢ / ٥ - ١٤ ، كشف القناع : ٣ / ١٣٩ - ١٦٦ .

(٢) ذكره ابن أبي موسى .

العاقِد بالبيع اختياراً، لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾
ولحديث «إنما البيع عن تراض»^(١). فبيع التلجئة أو الأمانة: بأن يظهر العاقِدان بيعاً
لم يريداه باطناً، بل أظهره خوفاً من ظالم ونحوه: باطل. وكذا بيع المازل باطل؛
لأنه لم ترد حقيقته.

ويصح البيع في حالة الإكراه بحق كالذي يكرهه الحاكم على بيع ماله لوفاء
دينه، أو على شراء ما يوفي ما عليه من دين؛ لأنه قول حمل عليه بحق، فصح. فأمثلة
المكره بحق: راهن ومحتكر ومدين وممتنع.

ويكره الشراء من المضطر: وهو الذي يبيع ماله بأقل من ثمن مثله.

وأما شروط الصيغة فهي ثلاثة:

١- اتحاد المجلس: بأن يكون القبول في مجلس الإيجاب، فإذا قال البائع:
بعتك، ثم تفرقا قبل القبول من المجلس، لم ينعقد البيع.

٢- ألا يكون بين القبول والإيجاب فاصل يدل على الإعراض عن البيع عرفاً.

٣- ألا يكون العقد مؤقتاً ولا معلقاً بغير مشيئة الله: مثل بعتك سنة أو بعث أو
اشتريت إن رضي فلان.

وأما شروط العقود عليه مبيعاً أو ثمنياً فهي ستة شروط وهي:

١- أن يكون مالاً: وهو ما يباح الانتفاع به شرعاً مطلقاً في غير حاجة ولا
ضرورة؛ لأن البيع مبادلة مال بمال، فلا يصح بيع مال لا نفع فيه أصلاً كالخشرات،
وما فيه منفعة محرمة كالخمر، وما فيه منفعة مباحة للحاجة كالكلب، وما فيه منفعة
تباح للضرورة كالهيئة حال الاضطرار أو الحمصة، والخمر لدفع لقمة غص بها.

(١) رواه ابن حبان.

ويصح بيع جلد ميتة دبغ واقتناؤه بلا حاجة ، ويجوز بيع بغل وحمار ودود قرز ونخل منفرداً بشرط كونه مقدوراً عليه ، أو مع كوّارته إذا شوهد داخلاً فيها ؛ لأن فيه منافع للناس ، ويصح بيع ما يصاد عليه من الطيور ، وديدان لصيد سمك ، وسباع بهائم وجوارح طير للاصطياد ، لا لغيره ، ويصح بيع علق لمص دم .

ويصح بيع طير لقصد صوته كبلبل وهزار ؛ لأن فيه نفعاً مباحاً ، وكذا يصح بيع بيغاء وهي الدرة ونحوها كقمري .

ويجوز إهداء الكلب المباح والإثابة عليه ، لا على وجه البيع .

ولا يجوز بيع سموم قاتلة كسم الأفاعي ، لخلوها من نفع مباح ، وكذا لا يجوز بيع سم الحشائش والنبات ، إلا ما ينتفع به وأمكن التداوي بيسيره كالسقمونيا ونحوها .

ويحرم بيع المصحف لمسلم أو لكافر ، لأن تعظيمه واجب ، وفي بيعه ابتذال له وترك لتعظيمه ، ولأن الكافر يمنع من استدامة ملك المصحف ، فيمنع من ابتدائه .

ولا يصح بيع آلة لهو كزمار وطنبور ونرد وشطرنج ، ولا بيع حشرات كخنافس وفأر وحيات وعقارب وصرصر ونحوها ، ولا بيع ميتة ولو لمضطر ولا بيع دم وخنزير وصنم .

ولا يصح بيع سرجين نجس (زبل) ، ولا بيع أدهان نجسة العين من شحوم الميتة وغيرها ، لحديث البخاري ومسلم : « إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه » ولا يحل الانتفاع بالأدهان النجسة باستصباح ولا غيره ، فقد حرمه النبي ﷺ في حديث جابر المتفق عليه . ولا يصح بيع أدهان متنجسة كزيت لاقى نجاسة ، ولو لكافر للحديث السابق : « إن الله تعالى إذا حرم شيئاً حرم ثمنه » ويجوز الاستصباح في الأدهان المتنجسة في غير مسجد ؛ لأنه أمكن الانتفاع بها من غير ضرر .

ولا يصح بيع الحر، لحديث البخاري ومسلم: «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، ومنهم: ورجل باع حراً وأكل ثمنه». ولا يصح بيع ما ليس بمملوك من المباحات من نحو كلاً وماء ومعدن قبل حيازتها وتملكها، لفقد الشرط الآتي.

٢- أن يكون المبيع مملوكاً لبائعه ملكاً تاماً، لقوله ﷺ لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك»^(١)، فلا يصح تصرف فضولي مطلقاً ولو أجزى بعد.

ولا يصح بيع ما لا يملكه الإنسان كحر ومباح قبل حيازته، ولا بيع أرض موقوفة مما فتح عنوة ولم تقسم كعصر والشام، ويصح بيع إمام لها المصلحة كوقفه وإقطاعه تملكاً، أو غير إمام وحكم به من يرى صحته. ولا يصح بيع ولا إجارة رباع مكة والحرم: وهي المنازل، وكذا بقاع المناسك كالمسعى والمرمى والموقف ونحوها، لأنها كالمساجد لعموم نفعها، ولأن مكة فتحت عنوة. ولا يصح بيع ما ليس مملوكاً ملكاً تاماً كالمبيع وقت الخيار.

٣- أن يكون المبيع مقدوراً على تسليمه حال العقد: لأن ما لا يقدر على تسليمه شبيه بالمعدوم، والمعدوم لا يصح بيعه، فكذا ما أشبهه.

فلا يصح بيع نصف معين من نحو إناء وسيف وحيوان، ودين لغير مدين، ولا أبق وشارد ولو لقادر على تحصيلها. لحديث «نهى رسول الله ﷺ عن شراء العبد وهو أبق»^(٢) ولا يصح بيع سمك بماء إلا مرئياً بمحجوز يسهل أخذه منه، ولا يصح بيع طائر يصعب أخذه، أو في الهواء وألف الرجوع إلا في مكان مغلق؛ لأنه غير مقدور على تسليمه.

ولا يصح بيع مغضوب إلا لغاصبه أو قادر على أخذه، وله الفسخ إن عجز.

(١) رواه ابن ماجه والترمذي وصححه .

(٢) رواه أحمد عن أبي سعيد .

٤- أن يكون المبيع معلوماً للبائع والمشتري برؤية تحصل بها معرفته ، عند العقد أو قبله بزمن لا يتغير فيه المبيع يقيناً أو ظاهراً .

ويصح بيع الأعمى وشراؤه بما يمكنه معرفة ما يبيعه أو يشتريه بغير حاسة البصر كشم ولمس وذوق ، لحصول العلم بحقيقة المبيع . ويصح بيع قفيز من صبرة (كومة طعام وغيره) .

ولا يصح بيع الأنموذج : وهو ما يدل على صفة الشيء ، كأن يريه صاعاً مثلاً من صبرة ، ويبيعه الصبرة على أنها من جنسه ، لعدم رؤية المبيع وقت العقد .

ولا يصح بيع حمل بيطن وهو بيع المضامين ، ولا بيع لبن بضرع ، ونوى بتمر ، وصوف على ظهر إلا تبعاً ، كبعثك هذه البهية وحملها ، أو بعثك الأرض وما فيها من بذر .

ولا يصح بيع عشب فحل ، أو نتاج نتاج ، أو ما تحمل هذه الشجرة أو الدابة ، ولا مسك في فأرته (صوانه) ، ولفث وبصل ونحوه قبل قلعه ، ولا ثوب مطوي ، أو نسج بعضه على أن ينسج بقيته .

ولا يصح بيع الملامسة ، مثل بعثك ثوبي هذا على أنك متى لمستته أو إن لمستته أو أي ثوب لمستته ، فعليك بكذا .

ولا يصح بيع المنابذة ، مثل متى أو إن نبذت هذا أو أي ثوب نبذته فلك بكذا .

ولا يصح بيع الحصة مثل : ارمها فعلى أي ثوب تقع ، فلك بكذا .

ولا يصح بيع مالم يعين أي بيع المجهول ، كشاة من قطيع ، وشجرة من بستان ، ولو تساوت قيمتها .

٥- أن يكون الثمن معروفاً للعاقدين حال العقد أو قبله : فلا يصح بيع برقم ، ولا بما باع زيد إلا إن علم به العاقدان ، ولا بما ينقطع به السعر ، ولا كما يبيع الناس .

٦- خلو الثمن والمثلن والمتعاقدين عن موانع الصحة كالربا، أو الاشتراط أو غيرها: فلا يصح بيع أضحية وهدى واجبين إلا بخير منها، ولا يصح بيع موقوف بلا مسوغ، ولا يبيع مرهون بلا إذن مرتهن، ولا يصح بيع ماء وسترة لمصل عادم غيرهما، ولا يبيع مصحف، ولا بعد نداء جمعة.

أوجه الاتفاق والاختلاف في شروط البيع:

يظهر مما تقدم بيانه ما يلي:

١- في العاقد: التمييز شرط متفق عليه، وأما البلوغ فهو شرط مختلف فيه، فهو شرط نفاذ عند المالكية والحنفية، وشرط انعقاد عند الشافعية والحنابلة.

وأما الاختيار أو الطواعية فهو شرط انعقاد عند الجمهور، وشرط نفاذ عند الحنفية، فبيع المكره باطل عند الجمهور، موقوف غير نافذ عند الحنفية، غير لازم في المعتد عند المالكية.

٢- في الصيغة: اتحاد المجلس دون فاصل بين القبول والإيجاب، وتطابق الإيجاب والقبول، وسامع الصيغة والتنجز أو عدم التعليق، وعدم التأقيت، كلها شروط متفق عليها، وإن ذكر بعضها بعض الفقهاء دون غيرهم.

٣- في المعقود عليه: كون المعقود عليه مالاً متقوماً يباح الانتفاع به شرعاً أو طاهراً غير نجس، موجوداً، مقدور التسليم، معلوماً غير مجهول، كلها شروط متفق عليها؛ إلا أن الجهالة تفسد البيع عند الحنفية، وتبطله عند الجمهور. أما كون المبيع مملوكاً للبايع فهو شرط نفاذ عند الحنفية والمالكية، وشرط انعقاد عند الشافعية والحنابلة، فبيع الفضولي وشراؤه موقوف عند الأولين، باطل عند الآخرين.

وأما ألا يتعلق بالمبيع حق لغير البائع كبيع المرهون والمأجور، فهو شرط نفاذ عند الحنفية. وشرط انعقاد عند الحنابلة والشافعية والمالكية، فبيع المرهون والمأجور موقوف على الرأي الأول، باطل على الرأي الثاني.

المبحث الثالث - حكم البيع والكلام عن المبيع والتمن

وفيه مطلبان :

المطلب الأول - حكم العقد :

حكم العقد : هو الغرض والغاية منه ، ففي عقد البيع : يكون الحكم هو ملكية المبيع للمشتري وملكية الثمن للبائع ، وفي عقد الإجارة : الحكم هو ملك منفعة العين المستأجرة للمستأجر ، وملك المؤجر للأجرة^(١) .

وللحكم اطلاقات ثلاث :

١- إما أن يراد به الحكم التكليفي : وهو إما الوجوب أو الندب أو الإباحة أو التحريم أو الكراهية ، فيقال : حكم الصوم الوجوب ، وحكم السرقة التحريم وهكذا .

٢- أو يراد به الوصف الشرعي للفعل من حيث الصحة واللزوم وعدم اللزوم مثلاً ، فيقال : حكم العقد المستوفي لأركانه وشرائطه أنه صحيح لازم .

٣- أو يراد به الأثر المترتب على التصرف الشرعي ، وذلك كالوصية إذا استوفت شرائطها وأركانها ، ترتبت عليها آثار تتعلق بالموصى له ، وآثار تتعلق بالموصى به^(٢) .

ومقصودنا هنا المعنى الثالث ، أي الحكم الشرعي الثابت للبيع ، وأثره المترتب عليه . فآثر البيع : هو ثبوت الملك في المبيع للمشتري ، وثبوت الملك في الثمن للبائع ، إذا كان البيع لازماً لا خيار فيه^(٣) .

والمقصود بمحقوق العقد : هي الأعمال التي لا بد منها للحصول على حكمه : مثل

(١) الأموال ونظرية العقد للأستاذ محمد يوسف موسى : ص ٣٧٢ .

(٢) التلويح شرح التوضيح للفتاواني : ص ١٢٢ ، الأحوال الشخصية للأستاذ السباعي : ص ١١٤ .

(٣) البدائع : ص ٥ : ٢٣٣ .

تسليم المبيع وقبض الثمن والرد بالعيب ، أو خيار الرؤية أو الشرط ، وضمان رد الثمن إذا استحق المبيع مثلاً^(١) .

حقوق البيع التابعة للحكم : هي كل تابع للمبيع من الحقوق التي لا بد له منه ولا يقصد إلا لأجله كالطريق والشرب للأرض ، وهي التي تسمى بالمرافق ، والقاعدة فيها أو الأصل : أن كل ما كان من الدار متصلاً بها يدخل في بيعها تبعاً بلا ذكر ، وما لا فلا يدخل بلا ذكر إلا ما جرى العرف أن البائع لا يمنع عن المشتري ، فيدخل المفتاح استحساناً للعرف بعدم منعه بخلاف القفل ومفتاحه والسلم غير المتصل بالبناء ، وأما الدرج (السلم) في بنايات الطبقات فتدخل عرفاً ، وتفصيل ذلك ما يأتي^(٢) :

ا- من اشترى بيتاً فوّه آخر لا يدخل فيه العلو ؛ لأن الشيء لا يستتبع مثله .

ب- يدخل في المبيع ما هو من حقوقه أو مرافقه الخاصة التابعة له كطريق ومطبخ ومتوضاً ونحوها ، لأنها توابع له . فيدخل في بيع الدار الطريق الداخلي فيها أو النافذ إلى سكة أو طريق عام ، والكنيف (وهو المستراح أو بيت الماء) وبئر الماء ، والأشجار التي في صحنها ، والحديقة التابعة لها والبستان الذي هو أصغر منها ، وإن لم يصرح بذلك . أما الحديقة أو البستان الخارج عن الدار وكان مثل الدار أو أكبر ، فلا يدخل في البيع . ويدخل الباب الأصلي للدار ، والباب الخارجي المجاور للشارع وهو المسمى بالباب الأعظم ؛ لأنه من مرافقها .

ولا تدخل الظلة في بيع الدار لبنائها على الطريق ، فتأخذ حكمه ولا يدخل الطريق والمسيل والشرب غير الخاص بالدار إلا بالتصريح بها ؛ لأنها خارج الحدود ، كأن يشتريها بكل حق هو لها أو بمراقفها أو بكل قليل وكثير . وذلك بخلاف الإجارة

(١) الأموال ونظرية العقد ، المرجع السابق .

(٢) الدر المختار ورد المختار : ١٩٧/٤ - ١٩٩ .

والرهن والوقف ، تدخل فيها كل هذه المرافق بلا حاجة لذكرها لأنها تعقد للانتفاع بها لاغير . هذا رأي الحنفية القديم ، والمعول عليه في ذلك هو العرف السائد في كل إقليم وعصر .

والإقرار بالدار والصلح عليها والوصية بها والهبة والنكاح والخلع على مال كالبيع في دخول الطريق ونحوه .

المطلب الثاني - الثمن والمبيع :

الكلام عن الثمن والمبيع في موضعين :

أولاً - في تعريف المبيع والثمن .

ثانياً - في الأحكام المتعلقة بهما .

تعريف المبيع والثمن :

المبيع والثمن عند جمهور الحنفية من الأسماء المتباينة الواقعة على معانٍ مختلفة . فالمبيع في الغالب : ما يتعين بالتعيين^(١) ، والثمن في الغالب : ما لا يتعين بالتعيين .

وهذا الأصل العام الغالب يحتمل تغييره في الحالتين بعارض من العوارض ، فيصير ما لا يحتمل التعيين مبيعاً كالمسلم فيه ، وما يحتمل التعيين ثمناً كرأس مال السلم ، إذا كان عيناً من الأعيان . وعلى هذا فاعتبار الثمن ديناً في الذمة هو الأغلب ، وذلك عندما يكون الثمن نقوداً أو أموالاً أخرى مثلية ملتزمة بلا تعيين بالذات كالقمح والزيت ونحوهما من كل مكيل أو موزون أو ذرعي أو عددي متقارب .

ويمكن أيضاً أن يكون الثمن أعياناً قيمة كالحيوان والثياب ونحوهما ، كما لو

(١) قال القرافي : أجمع الناس على أن العروض (أي السلع التجارية) تتعين بالتعيين ، وكذلك الحيوان والطعام لأن لهذه الأشياء من الخصوصيات والأوصاف ما تتعلق به الأغراض الصحيحة ، وتميل إليه العقول السليمة والنفوس الخاصة ، لما في تلك المعينات من الأهداف الخاصة بكل إنسان (الفروق : ٤ ص ٧) .

بيعت كمية من السكر إلى أجل بشيء من القيميات ، فالسكر مبيع والعين القيمة
ثن ، ويكون البيع سلماً ، لأنه بيع مؤجل بمعدل .

قال ابن الهمام وغيره : إن الثياب كما تثبت مبيعاً في الذمة بطريق السلم تثبت
دينياً مؤجلاً في الذمة ، على أنها ثمن ، وحينئذ يشترط الأجل لا لأنها ثمن ، بل لتصير
ملحقة بالسلم في كونها ديناً في الذمة ، فإذا قلنا : إذا باع كتاباً بثوب موصوف في
الذمة إلى أجل جاز ، ويكون بيعاً بالنسبة للكتاب ، حتى لا يشترط قبضه في
الجلس ، بخلاف ما لو أسلم الدراهم في الثوب ، وإنما ظهرت أحكام المسلم فيه في الثوب ،
حتى شرط فيه الأجل ، وامتنع بيعه قبل قبضه لإلحاقه بالمسلم فيه ^(١) .

وقال الشافعي وزفر : المبيع والثن من الأسماء المترادفة الواقعة على مسمى
واحد ، وإنما يتميز أحدهما عن الآخر في الأحكام بحرف الباء .
ولكل من الفريقين دليله ^(٢) والقضية اصطلاحية .

تعيين المبيع :

التعيين : هو التمييز عما سوى الشيء في الوجود الخارجي ، ويتعين المبيع إذا كان
معيناً في العقد ، سواء أكان حاضراً في مجلس البيع ، أم غائباً عنه . فإذا كان المبيع
غير معين في العقد ، فإنه لا يتعين إلا بالتسليم ^(٣) .

الفرق بين الثمن والقيمة والدين :

الثن : لا يتحقق إلا في عقد ، فهو ما يترضى عليه المتبايعان ، سواء أكان أكثر
من القيمة أم أقل أم مساوياً .

(١) رد المحتار لابن عابدين : ٤ ص ٢٦ .

(٢) انظر البدائع : ٥ ص ٢٢٣ .

(٣) انظر عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٣٤ .

وقية الشيء : هي ما يساويه بين الناس .

والثمن : هو ما تراضى عليه المتبايعان مقابلاً للمبيع .

أما الدين : فهو كل ما ثبت في الذمة من الأموال القابلة للثبوت فيها بأي سبب من أسباب الالتزام ، كالإتلاف والغصب والكفالة والقرض والبيع ، ونحوها^(١) .

التمييز بين الثمن والمبيع :

القاعدة المقررة في الأصل : أن كل ما أمكن أن يكون مبيعاً أمكن أن يكون ثمناً ولا عكس ، وأن الثمن كما بينا في تعريفه ربما لا يكون متعلقاً بالذمة ، بل قد يتعين أحياناً ، فيكون من الأعيان القيمة كالحيوان والثياب ونحوها ، كما يتعين المبيع .

لهذا كان واجباً أن نميز بين الثمن والمبيع لما يترتب على التفرقة من أحكام ، والتمييز يكون في أموال المعاوضات : وهي النقود والأعيان القيمة والمثلثات^(٢) .

١ - فالنقود عامة من ذهب أو فضة أو فلوس رائجة^(٣) إذا كانت عوضاً في المبيع ، تعتبر هي الثمن . ومقابلها أي السلعة هو المبيع مطلقاً سواء دخل عليها حرف الباء ، أو دخل على مقابلها ، مثل : بعتك هذا بدينار ، أو بعتك ديناراً بهذا .

وقد قرر جمهور الحنفية أن النقود المسكوكة من ذهب أو فضة أو فلوس معدنية لا تتعين في عقود المعاوضات بالتعيين في حق الاستحقاق لذات العملة النقدية ، فلو قال : بعتك هذا الثوب بهذه الدراهم أو بهذه الدينانير ، فلمشتري أن يمكس المشار إليه ويبدله بمثله ، ولا يحق للبائع أن يطلب ذات المشار إليه ؛ لأن الثمن النقدي محله في

(١) عقد البيع ، المرجع السابق : ص ٥٦ وما بعدها ، رد المحتار : ص ٥٣ ، ١٧٣ .

(٢) انظر البدائع : ص ٥ ص ٢٣٣ وما بعدها ، حاشية ابن عابدين : ص ٤ ص ٢٣ ، عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٥٩ وما بعدها .

(٣) وهي القطع المعدنية المسكوكة المصطلح على ثنيتها ، ويلحق بها الأوراق النقدية المتعامل بها في العصر الحاضر .

الذمة ، وما يثبت في الذمة لا ينحصر ببعض أفراده الخارجية ، فلا فائدة في استحقاق عينها في المعاوضات ؛ لأن المثل يقوم مقامها في كل عوض ، وإنما يتعين فقط بالنسبة لضمان الجنس والنوع والصفة والقدر ، حتى إنه يجب على المشتري رد مثل المشار إليه في الأوصاف المذكورة ، فلو كان الواجب عليه ألف درهم جيدة ، فيجب عليه رد ألف درهم بتلك الصفة ؛ لأن في تعيين الجنس والقدر والصفة فائدة ، وعلى هذا فلو هلك المشار إليه لا يبطل العقد .

وقال الشافعي^(١) وزفر: تتعين النقود بالتعيين ، ويستحق البائع على المشتري ذات الدراهم المشار إليها ، كما في سائر الأعيان ، لأنه قد يكون للشخص غرض فيها ، والثن المعين كالبيع في تعلق الحق بالعين .

فلو هلك المشار إليه قبل القبض يبطل العقد ، كما لو هلك سائر الأعيان .

فإن لم يكن الثن من المسكوكات ، فإنه بالاتفاق كسائر السلع يقبل التعيين .

٢- إن الأعيان القمية أي « التي ليست من ذوات الأمثال » إذا قوبلت بالمثلثات المعينة تعتبر هي المبيع ، والمثلي هو الثن مطلقاً ، دون نظر إلى اقتران حرف الباء ، لأن المثلي أليق بالثنية من حيث قابليته للثبوت في الذم كالنقود .

من أمثلة القميات : الثياب والدور والعقارات والعدديات المتفاوتة « أي التي تفاوتت أحادها » كالغنم وسائر الدواب والبطيخ إذا بيع بالعدد لا بالوزن .

وأما إذا قوبلت الأعيان القمية بالأموال غير المعينة أي « الملتزمة في الذم » فالعبرة في الثنية لمقارنة حرف الباء ، فما دخل عليه حرف الباء كان ثناً ، والآخر مبيعاً . فلو قال : بعثك هذا المتاع بقنطار من السكر ، فالسكر : هو الثن . ولو قال بعثك قنطاراً من السكر بهذا المتاع ، كان السكر مبيعاً ، والمتاع ثناً ، ويكون العقد بيع سلم .

٣- المثليات إذا كان في مقابلتها النقود فهي مبيعة، كما ذكرنا أولاً، وإن كان في مقابلتها أمثالها مثل بيع قح بزيت، فما كان منها معيناً يكون مبيعاً، وكل ما كان منها موصوفاً في الذمة يكون ثمناً.

وإن كان كل واحد منهما موصوفاً في الذمة فما صحبه حرف الباء يكون ثمناً، والآخر يكون مبيعاً.

- والمثليات: إما مكيلات وهي التي تباع بالكيل كالقمح والشعير، وكبعض السوائل التي تباع اليوم باللتر كالبنزين.

- أو موزونات: وهي التي تباع بالوزن كالسمن والزيت والسكر.

- أو ذرعيات: وهي التي تباع بالذراع كالقطع الكبرى من المنسوجات الصوفية أو القطنية أو الحريرية، وكالأراضي.

- أو عدديات متقاربة: وهي التي لا تتفاوت أحادها إلا تفاوتاً بسيطاً كالبيض والجوز، وكالمصنوعات المتماثلة من صنع المعامل كالكووس وصحون الخزف والبلور ونحوها^(١).

٤- إذا بيعت القيمات ببعضها يعتبر كل من العوضين مبيعاً من وجه، وثنماً من وجه آخر.

أحكام المبيع والثن أو نتائج التمييز بينها

يترتب على التمييز بين المبيع والثن نتائج نوجز ذكرست منها، ونفصل الكلام في ثلاثة أخرى.

١- يشترط لانعقاد البيع أن يكون المبيع مالاً متقوماً ولا يشترط ذلك في الثمن.

(١) انظر عقد البيع للأستاذ الزرقاء: ص ٥٠، رد المحتار: ١٧٢/٤، مغني المحتاج: ٢٨١/٢.

٢- يشترط لنفاذ البيع أن يكون المبيع موجوداً في ملك البائع ولا يشترط ذلك في الثمن .

٣- لا يجوز تأجيل الثمن في بيع السلم ، ويجب تأجيل المبيع .

٤- مؤونة تسليم الثمن أي « كلفته » على المشتري ، ومؤونة تسليم المبيع على البائع .

٥- البيع مع عدم تسمية الثمن فاسد ، أما مع عدم تسمية المبيع نحو: بعتك بعشرة دنانير ، فباطل غير منعقد .

٦- هلاك المبيع بعد التقايط يمنع إقالة البيع ، ولا يمنع ذلك هلاك الثمن .

٧- هلاك المبيع قبل التسليم مبطل للبيع ، ولا يبطله هلاك الثمن .

٨- لا يجوز تصرف المشتري في المبيع المنقول قبل قبضه ، ويصح تصرف البائع في الثمن قبل قبضه .

٩- على المشتري تسليم الثمن أولاً ليحق له استلام المبيع ، مالم يرض البائع^(١) ونفصل الكلام في الثلاثة الأخيرة .

حكم هلاك المبيع ، وهلاك الثمن وكساده

هلاك المبيع :

المبيع إما أن يهلك كله أو بعضه قبل القبض أو بعده^(٢) .

(١) انظر عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٦١ .

(٢) انظر التفصيل في البدائع : ٢٣٨/٥ وما بعدها ، المبسوط : ٩/١٣ ، حاشية ابن عابدين : ٤٤/٤ ، عقد البيع ، المرجع السابق : ص ٩٢ .

آ- إذا هلك المبيع كله قبل القبض :

١- فإذا هلك بأفة سماوية أو بفعل المبيع نفسه ، أو بفعل البائع ، فينفسخ عقد البيع .

٢- إذا هلك بفعل المشتري ، فلا ينفسخ البيع وعليه الثمن .

٣- إذا هلك بفعل أجنبي ، لا ينفسخ البيع ، ويكون المشتري بالخيار: إن شاء فسخ البيع ، وإن شاء أمضاه ودفع الثمن ، وطالب الأجنبي بالضمان .

ب- إذا هلك المبيع كله بعد القبض :

١- إن كان بأفة سماوية أو بفعل المشتري أو بفعل المبيع أو بفعل أجنبي فلا ينفسخ البيع ، ويكون هلاكه على ضمان المشتري ؛ لأن المبيع خرج عن ضمان البائع بقبض المشتري ، فتقرر الثمن عليه ، ويرجع بالضمان على الأجنبي حال كون الاعتداء منه .

٢- إذا هلك بفعل البائع فينظر في حالتين :

أولاً- إذا كان المشتري قد قبضه بإذن البائع أو بدون إذنه ، لكنه قد تقد الثمن ، أو كان الثمن مؤجلاً ، فيكون هلاكه من قبل البائع ، كهلاكه من قبل الأجنبي ، فعليه ضمانه .

ثانياً- أما إذا كان المشتري قد قبض المبيع بدون إذن البائع ، والثمن حال غير منقود « أي غير معطى إلى البائع » فيتوجب فسخ البيع ، ويكون البائع باعتدائه مسترداً للمبيع ، وعليه ضمانه .

وقال المالكية^(١) : الضمان ينتقل إلى المشتري بنفس العقد في كل بيع إلا في خمسة

مواضع :

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٤٧ .

الأول- بيع الغائب على الصفة .

الثاني- ما بيع على الخيار .

الثالث- ما بيع من الثمار قبل كمال طيبتها .

الرابع- ما فيه حق توفية من كيل أو وزن أو عدد .

الخامس- البيع الفاسد ، فالضمان في هذه الخمسة من البائع حتى يقبضه المشتري .

وقال الشافعية^(١) : كل مبيع من ضمان البائع حتى يقبضه المشتري .

وقال الحنابلة^(٢) : إذا كان المبيع مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً فتلف قبل قبضه ، فهو من مال البائع ، وما عداه فلا يحتاج فيه إلى قبض ، وإن تلف فهو من مال المشتري .

ج- إذا هلك بعض المبيع قبل القبض ينظر عند الحنفية :

١- فإن كان بأفة سماوية ففيه تفصيل : إن كان النقصان نقصان قدر بأن كان مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً ، فهلك بعضه : ينفسخ العقد بقدر الهالك ، وتسقط حصته من الثمن ، ثم يكون المشتري بالخيار في الباقي لتفرق الصفقة عليه : إن شاء أخذه بحصته ، وإن شاء فسخ البيع .

وإن كان النقصان نقصان وصف « وهو كل ما يدخل في البيع من غير تسمية كالشجر والبناء في الأرض والجودة في المكيل والموزون » فلا ينفسخ البيع أصلاً ، ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن ؛ لأن الأوصاف لا حصة لها من الثمن ؛ ويكون المشتري بالخيار : إن شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء تركه لتعيب المبيع .

(١) مغني المحتاج : ٦٥/٢ .

(٢) المغني : ١١٠/٤ .

٢- وإن كان الهلاك بفعل المبيع نفسه كحيوان جرح نفسه ، فلا يفسخ البيع ، ولا يسقط شيء من الثمن ، والمشتري بالخيار: إن شاء أخذ الباقي بجميع الثمن ، وإن شاء فسخ العقد .

٣- وإن كان الهلاك بفعل البائع فيبطل البيع بقدره ، ويسقط عن المشتري حصة الهالك من الثمن ، سواء أكان النقصان نقصان قدر ، أم نقصان وصف ؛ لأن الأوصاف لها حصة من الثمن عند ورود الجناية عليها ، والمشتري بالخيار في الباقي بحصته من الثمن .

٤- وإن كان الهلاك بفعل المشتري فلا يبطل البيع ، ولا يسقط عنه شيء من الثمن ، لأنه صار قابضاً لكل المبيع بإتلاف بعضه .

د- إذا هلك بعض المبيع بعد القبض :

١- فإن كان الهلاك بأفة سماوية أو بفعل المشتري أو المبيع نفسه أو بفعل أجنبي ، فالهلاك على المشتري .

٢- وإن كان بفعل البائع ينظر :

إذا كان القبض بإذنه ، أو كان الثمن منقوداً أو مؤجلاً ، فحكمه كالأجنبي . وإن كان القبض بغير إذنه ، والثمن حال غير منقود ، يفسخ البيع في قدر الشيء التالف ، ويسقط عن المشتري حصته .

هلاك الثمن عند الحنفية :

إذا هلك الثمن في مجلس العقد قبل القبض :

١- فإن كان عيناً مثلياً : لا يفسخ العقد ، لأنه يمكن تسليم مثله بخلاف المبيع لأنه عين ، وللناس أغراض في الأعيان .

٢- وأما إذا هلك وليس له مثل في الحال : بأن كان شيئاً مما ينقطع عن أيدي الناس ، وقد كان موجوداً وقت العقد ، ثم انقطع قبل القبض ، فقال أبو حنيفة : يفسخ العقد . وقال الصحابان : لا يفسخ^(١) . وسيأتي في بحث كساد الثمن الآتي بيان الأدلة .

كساد الثمن عند الحنفية : إذا اشترى شخص بفلوس رائجة ، ثم كسدت قبل القبض بضرب فلوس جديدة ، انفسخ العقد عند أبي حنيفة ، وعلى المشتري رد المبيع إن كان قائماً ، وقيمته أو مثله إن كان هالِكاً ؛ لأن الفلوس بالكساد خرجت عن كونها ثناً ، ولا يبيع بلا ثمن ، فيفسخ البيع ضرورة ، فهو قد اعتبر الكساد كالهلاك .

وقال الصحابان : لا يفسخ البيع ، ولكن يخير البائع : إن شاء فسخ البيع ، وإن شاء أخذ قيمة الفلوس ؛ لأن الفلوس ثابتة في الذمة ، وما يثبت في الذمة لا يمتثل الهلاك ، فلا يكون الكساد هلاكاً ، بل يكون عيباً فيها ، فيوجب الخيار للبائع ، كما إذا كان الثمن رطباً ، فانقطع قبل القبض ، فهذا اعتبر الكساد كالعيب .

واتفقوا على أنه لو لم تكسد الفلوس ، ولكنها رخصت قيمتها ، أو غلت ، لا يفسخ البيع ؛ لأن الرخص أو الغلاء لا يوجب بطلان الثمنية .

ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينها في وقت اعتبار قيمة الفلوس : فقال أبو يوسف : تعتبر قيمتها وقت العقد ؛ لأن الثمن يجب عند العقد ، فيضمن قيمته حينئذ .

وقال محمد : تعتبر قيمتها وقت الكساد ، وهو آخر يوم ترك الناس التعامل بها ؛ لأنه وقت العجز عن التسليم^(٢) .

(١) تحفة الفقهاء ، الطبعة القديمة : ٥٤/٢ .

(٢) انظر البدائع : ٢٤٢/٥ ، حاشية ابن عابدين : ٢٥/٤ .

التصرف في المبيع وفي الثمن قبل القبض التصرف في المبيع :

قال الحنفية : لا يجوز التصرف في المبيع المنقول قبل القبض بلا خلاف ، لأن النبي ﷺ نهى عن بيع ما لم يقبض^(١) والنهي يوجب فساد المنهي عنه ، ولأنه بيع فيه غرر لتعرضه إلى الانفساخ بهلاك المعقود عليه ، فيبطل البيع الأول ، وينفسخ الثاني ، وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع فيه غرر .

وأما العقار : فيجوز التصرف فيه عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً استدلالاً بعمومات آيات البيع من غير تخصيص ولا يجوز تخصيص عموم الكتاب بخبر الواحد . ولا غرر في العقار ، إذ لا يتوهم هلاك العقار ، ويندر هلاكه في الغالب ، فلا يكون في بيعه غرر .

وقال محمد وزفر والشافعي : لا يجوز بيع العقار قبل القبض لعموم النهي عن البيع قبل القبض ، ولعدم وجود القدرة على التسليم ، ولتحقق الغرر^(٢) . وسيأتي تفصيل آراء الفقهاء في هذا الموضوع في البيع الفاسد .

التصرف في الثمن قبل القبض :

يجوز التصرف في الأثمان^(٣) قبل القبض ، لأنها ديون ، وكذلك يجوز التصرف في

(١) فيه أحاديث منها ما هو متفق عليه عند الشيخين والترمذي من حديث ابن عباس من النهي عن بيع ما لم يقبض ، ومنها ما أخرجه النسائي عن حكيم بن حزام ، قال : « قلت يارسول الله ، إني رجل أبتاع هذه البيوع وأبيعها ، فما يحل لي منها وما يحرم ؟ قال : لا تبين شيئاً حتى تقبضه » رواه أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه ، ولفظه : « إذا ابتعت بيعاً ، فلا تبعه حتى تقبضه » (انظر نصب الرأية : ٢٢/٤ ، جامع الأصول : ٢٨٠/١ ، تخريج أحاديث الإحياء : ٦١/٢) .

(٢) فتح القدير : ٥ ص ٢٦٤ ، البدائع : ٥ ص ١٨٠ وما بعدها ، ص ٢٢٤ ، رد المحتار لابن عابدين : ٤ ص ١٦٩ وما بعدها .

(٣) الثمن : ما يثبت في الذمة ديناً عند المقابلة وهو النقدان ، والثليات : كالكيل والموزون إذا كانت معينة وقوبلت بالأعيان ، أو غير معينة وصحبها حرف الباء (رد المحتار : ٤ ص ١٧٢) .

سائر الديون كالمهر والأجرة وضمان المتلفات وغيرها قبل القبض ، بدليل ما روي عن سيدنا عمر أنه قال : « يا رسول الله : إنا نبيع الإبل بالبيع ، ونأخذ مكان الدرهم الدنانير ، ومكان الدنانير الدرهم ، فقال عليه السلام : لا بأس إذا كان بسعر يومها ، وافترقتما وليس بينكما شيء »^(١) فهذا يدل على جواز استبدال ثمن المبيع . وأما المراد من حيث « النهي عما لا يقبض » فهو بالنسبة للعين ، لا بالنسبة للدين ؛ لأن المبيع شيء يحتمل القبض ، والدين لا يحتمل القبض حقيقة ، لأنه مال حكمي في الذمة ، فيكون قبضه بقبض بدله .

وقد استثنوا من جواز التصرف في الثمن قبل القبض عقدي الصرف والسلم . أما الصرف : فلأن كلاً من بدلي الصرف مبيع من وجه وثن من وجه ، فباعتماد كونه مبيعاً لا يجوز التصرف فيه ، وقد رجحنا جانب الحرمة احتياطاً .

وأما السلم : فالمسلم فيه لا يجوز التصرف فيه لأنه مبيع ، ورأس المال « أي الثمن » الحق بالمبيع العين في حرمة الاستبدال شرعاً^(٢) .

هذا .. ويلاحظ أن التصرف في الأثمان والديون جائز بالبيع والهبة والإجارة والوصية أي بعوض أو بغير عوض ، سواء مما لا يتعين كالنقود ، أو مما يتعين كالمكيل والموزون ، وذلك ممن عليه الدين كأن يشتري البائع من المشتري شيئاً بالثمن الذي له عليه ، أو يستأجر بالثمن داراً للمشتري ، أو أن يهبه الثمن .

ولا يجوز تمليك الدين من غير من عليه الدين كأن يشتري إنسان فرس زيد مثلاً بمئة ليرة على عمرو ، لأنه لا يقدر على تسليمه إلا في ثلاث صور^(٣) .

(١) أخرجه أحمد وأصحاب السنن الأربعة عن ابن عمر (انظر جامع الأصول : ١ ص ٤٦٩ ، نصب الراية : ٤ ص ٣٣) .

(٢) البدائع : ٥ ص ٢٣٤ ، فتح القدير : ٥ ص ٢٦٩ وما بعدها ، رد المحتار : ٤ ص ١٧٣ وما بعدها .

(٣) رد المحتار : ٤ ص ١٧٣ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٧١ .

الأولى - إذا سلطه على قبضه ، فيكون وكيلًا قابضاً للموكل ثم لنفسه .

الثانية - الحوالة .

الثالثة - الوصية .

تسليم^(١) المبيع والثلث :

إن تسليم المبيع إلى المشتري هو من التزامات البائع الناشئة من عقد البيع ، كما أن تسليم الثلث إلى البائع هو من التزامات المشتري الناشئة من البيع أيضاً ؛ لأن تسليم البديلين واجب على العاقدين ، لتحقق الملك لكل منهما في البديلين .

فمن الذي يجب عليه التسليم أولاً ، وهل للبائع حق حبس المبيع حتى يستوفي جميع الثلث ، وكيف يتم التسليم أو القبض ؟

أما من يجب عليه التسليم أولاً : فيختلف بحسب نوع البديلين :

فإذا كان بيع عين بعين ، فإنه يجب على العاقدين التسليم معاً ، تحقيقاً للمساواة في المعاوضة المقتضية لمساواة عادة المطلوبة بين العاقدين ، إذ ليس أحدهما بالتقديم أولى من الآخر .

وكذلك إن تبايعا ديناً بدين ، كما في عقد الصرف ، لما ذكرنا .

وأما إن كان بيع عين بدين^(٢) فيراعى فيه الترتيب عند الحنفية : فيجب على المشتري تسليم الثلث « أي الدين » أولاً إذا طالبه البائع حتى يتعين ، ولقوله عليه

(١) التسليم : هو التخلية أي أن يخلي البائع بين المشتري والمبيع بحيث يستطيع المشتري أخذه والتصرف فيه .

(٢) الدين : ما يصح أن يثبت في الذمة ، سواء أكان نقداً أو غيره . والعين : ما لا يصح أن يثبت ديناً في الذمة

(رد المختار لابن عابدين : ٤ ص ٢٦) .

السلام : « الدين مقضي »^(١) فلو تأخر تسليم الثمن عن تسليم المبيع لم يكن هذا الدين مقضياً . ثم يجب على البائع تسليم المبيع ، إذا طالبه المشتري ، حتى يتحقق التساوي بينهما . واستثنوا من ذلك أمرين أولهما - المسلم فيه ، لأنه دين مؤجل ، والثاني - الثمن المؤجل فلو كان الثمن مؤجلاً ، يجب تسليم المبيع للحال ، لأن البائع أسقط حق نفسه في التأجيل^(٢) .

وقال المالكية^(٣) كالحنفية : يجب على المشتري تسليم الثمن ، وعلى البائع تسليم المبيع (المثون) ، فإن قال أحدهما : لا أسلم ما بيدي حتى أقبض ما عاوضت عليه ، أجبر المشتري على تسليم الثمن ، ثم أخذ المبيع من البائع . وقال مالك : للبائع أن يتمسك بالمبيع حتى يقبض الثمن . ودليل المالكية والحنفية : أن للبائع حبس المبيع على تسليم الثمن ، ومن استحق ذلك لم يكن عليه التسليم قبل الاستيفاء كالمرتهن .

وقال الشافعية والحنابلة^(٤) : إن اختلف في التسليم ، وكان الثمن في الذمة ، فقال البائع : لا أسلم المبيع حتى أقبض ثمنه ، وقال المشتري في الثمن مثله ، أجبر البائع على تسليم المبيع ، ثم أجبر المشتري على تسليم الثمن ؛ لأن حق المشتري في عين المبيع ، وحق البائع في الذمة ، فيقدم ما يتعلق بالعين ، فمن سلم أجبر صاحبه على التسليم ؛ لأن كلاً منهما ثبت له إيفاء واستيفاء ، ولا سبيل إلى تكليف الإيفاء . لكن قيد الشافعية هذا الحكم بما إذا لم يخف البائع فوت الثمن ، وتنازع البائع والمشتري في مجرد الابتداء ، فإن

(١) أخرجه ابن عدي في الكامل عن ابن عباس ونصه : أن النبي ﷺ قال : « الزعم غارم والدين مقضي ، والعارية مؤداة ، والمنحة مردودة » وأعله بإسماعيل بن زياد السكوني ، وقال : إنه منكر الحديث ، لا يتابع على عامة ما يرويه (انظر نصب الراية : ٤ ص ٥٨) وأخرجه أحمد وأصحاب السنن إلا النسائي وفيه إسماعيل بن عياش (انظر التلخيص الحبير : ص ٢٥٠) .

(٢) المبسوط للرخسي : ١٣ ص ١٩٢ ، البدائع : ٥ ص ٢٤٤ ، فتح القدير : ٥ ص ١٠٩ ، رد المحتار : ٤ ص ٤٣ وما بعدها .

(٣) القوانين الفقهية : ص ٢٤٧ .

(٤) مغني المحتاج : ٧٤/٢ ، المغني : ١٩٨/٤ .

خاف البائع فوت الثمن فله حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن . وكذا للمشتري حق حبس الثمن إن خاف فوت المبيع .

حق حبس المبيع :

يترتب على ما سبق من التزام المشتري بدفع الثمن أولاً : أنه يثبت للبائع حق حبس المبيع عن المشتري إلى أن يستوفي ما وجب تعجيله ، سواء أكان كل الثمن أم بعضه^(١) .

وشرط ثبوت حق الحبس شيان :

١- أن يكون أحد البديلين عيناً والآخر ديناً ، مثل بيع سلعة بدراهم ، أو دنانير ، فإن كانا عينين أو دينين فلا يثبت حق الحبس ، بل يسلمان معاً .

٢- أن يكون الثمن حالاً ، فإن كان مؤجلاً ، فلا يثبت حق الحبس ، لأنه سقط بالتأجيل .

وعلى هذا : فلو أجل الثمن إلا درهماً ، كان للبائع حبس كل المبيع ، لأن حق الحبس مما لا يتجزأ ، وكذا لو استوفى جميع الثمن إلا درهماً ، أو أبرأ المشتري عن جميع الثمن إلا درهماً .

وقال الإمام مالك^(٢) : للبائع أن يتمسك بالمبيع حتى يقبض الثمن .

وقال الحنابلة^(٣) : ليس للبائع حبس المبيع على قبض الثمن ؛ لأن التسليم من مقتضيات العقد ، فإن اختلف العاقدان في التسليم ، فقال البائع : لا أسلم المبيع حتى

(١) انظر المبسوط ، المرجع السابق ، البدائع : ٥ ص ٢٤٩ ، رد المحتار : ٤ ص ٤٤ ، عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٧٧ .

(٢) القوانين الفقهية : ص ٢٤٧ .

(٣) المغني : ١٩٨/٤ .

أقبض الثمن ، وقال المشتري : لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع ، والثن في الذمة ، أجبر البائع على تسليم المبيع ، ثم أجبر المشتري على تسليم الثمن .

وقال الشافعية^(١) : للبائع حبس المبيع حتى يقبض الثمن إن خاف فوته ، وكذا للمشتري حبس الثمن إن خاف فوت المبيع .

ما يسقط حق الحبس وما لا يسقطه :

لو قدم المشتري رهناً أو كفيلاً بالثمن لا يسقط حق الحبس ، لأن الرهن والكفالة لا يسقطان الثمن عن ذمة المشتري ، ولا حق المطالبة به ، فيبقى حق الحبس لاستيفاء الثمن ، وكل ما في الأمر أن الرهن والكفالة وثيقة بالثمن .

وأما الحوالة بالثمن فتسقط حق الحبس عند أبي يوسف سواء أحال البائع رجلاً على المشتري بالثمن وقبل ، أم أحال المشتري البائع على رجل : لأن البائع حينئذ في حكم المستوفى ، لأن حق الحبس مرتبط ببقاء الدين في ذمة المشتري ، وذمته برئت من دين المحيل بالحوالة فيبطل حق الحبس ، ولذا ينقطع حقه في مطالبة المشتري بالثمن ، وينحصر حق المطالبة بالشخص المحال عليه .

وقال محمد : إن كانت الحوالة من المشتري لا تبطل حق الحبس ، وللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي من المحال عليه . وإن كانت من البائع : فإن كانت الحوالة مطلقة لا تبطل حق الحبس أيضاً ، وإن كانت مقيدة بأن أحال غريباً له على المشتري ليقبض الدين الذي له عليه ، تبطل الحوالة حق الحبس ، دليله : أن حق البائع بمطالبة المشتري بأداء الثمن لم يبطل بحوالة المشتري ، أو بحوالة المطلقة ، فلم يبطل حق الحبس ، وأما في الحوالة المقيدة فيبطل حق المطالبة من البائع للمشتري بهذه الحوالة ، فيسقط حق الحبس^(٢) .

(١) مغني المحتاج : ٧٥/٢ .

(٢) البسوط : ١٣ ص ١٦٥ ، البدائع : ٥ ص ٢٥٠ وما بعدها ، رد المحتار : ٤ ص ٤٤ .

قال الكاساني : « والصحيح اعتبار محمد ، لأن حق الحبس في الشرع يدور مع حق المطالبة بالثمن ، لا مع قيام الثمن في ذاته »^(١) .

والخلاصة : أن حق الحبس يسقط بحوالة البائع على المشتري بالثمن اتفاقاً ، وكذا بحوالة المشتري البائع به على رجل عند أبي يوسف . وعند محمد : فيه روايتان ، أرجحهما ما ذكرناه .

ولو أعار البائع المبيع للمشتري أو أودعه عنده ، سقط حق الحبس ، حتى لا يملك استرداده في ظاهر الرواية ؛ لأن الإعارة والإيداع أمانة في يد المشتري ، وهو لا يصلح نائباً عن البائع في وضع يده لأنه أصل في ملك الشيء ، فكان أصلاً في وضع اليد ، فإذا ثبتت يد المشتري على المبيع ، كانت يده يد ملك ، ويد الملك لازمة ، فلا يملك أحد إبطالها بالاسترداد^(٢) .

ولو أودع المشتري المبيع عند البائع أو أعاره منه أو أجره ، لم يسقط حق الحبس ؛ لأن هذه التصرفات لم تصح من المشتري ؛ لأن يد الحبس بطريق الأمانة ثابتة للبائع ، فلا يصح أن يصير نائباً عن غيره^(٣) .

ولو جنى رجل أجنبي على المبيع ، فاختار المشتري اتباع الجاني بالضمان سقط حق الحبس عند أبي يوسف^(٤) . وسيأتي التفصيل في بحث القبض الآتي مباشرة .

ولو قبض المشتري المبيع بإذن البائع ، سقط حق الحبس ، حتى لا يملك البائع الاسترداد ، لأنه أبطل حقه بالإذن بالقبض .

ولو قبض المشتري المبيع بغير إذن البائع بعد وفاء الثمن ، سقط حق الحبس ،

(١) البدائع ، المرجع السابق : ص ٢٥١ .

(٢) البدائع : ٥ ص ٢٥٠ ، حاشية ابن عابدين : ٤ ص ٤٤ .

(٣) البدائع ، المرجع السابق نفسه : ٥ ص ٢٤٦ .

(٤) البدائع : ٥ ص ٢٤٦ .

فليس له استرداده ، لأنه استوفى حقه بإيفاء الثمن ، فيكون قبضاً بحق .

أما لو قبض المشتري المبيع بغير إذن البائع قبل وفاء الثمن ، فلا يسقط حق الحبس ، وللبائع استرداده ؛ لأن له حق الحبس ، حتى يستوفي الثمن ، وحق الإنسان لا يجوز إبطاله عليه من غير رضاه .

فإن كان المشتري تصرف في المبيع في الحالة الأخيرة نظرياً في ذلك^(١) :

إن كان تصرفاً يحتمل الفسخ كالبيع والهبة والإجارة والرهن ونحوها ، فسخه البائع ، واسترده ، لأنه تعلق به حقه .

وإن كان تصرفاً لا يحتمل الفسخ كالإعتاق والتدبير «أي التحرر بعد موت السيد» والاستيلاء «أي جعل الأمة مستولدة أي حاملاً ، فتصبح حرة بعد موت سيدها» فإنه لا يسترده ، لأنه لا فائدة في بقاء حق الحبس ، لأن حبس الحر ، أو الذي سيؤول إلى الحرية لا يجوز .

معنى التسليم أو القبض وكيفية تحققه :

التسليم أو القبض معناه عند الحنفية : هو التخلية أو التخلي ، وهو أن يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري ، برفع الحائل بينهما ، على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه ، فيجعل البائع مسلماً للمبيع ، والمشتري قابضاً له^(٢) .

وكذلك تسليم الثمن من المشتري إلى البائع .

والقبض يتم بطرق :

١- التخلية : وهي أن يتمكن المشتري من المبيع بلا مانع «أي أن يكون مفرزاً» ولا حائل «أي في حضرة البائع» مع الإذن له بالقبض ، فلو اشترى انسان

(١) البدائع : ٢٥١/٥ .

(٢) البدائع : ٥ ص ٢٤٤ .

حنطة في بيت ، ودفع البائع المفتاح إليه ، وقال : خليت بينك وبينها «أي أذنت» فهو قبض^(١) . وإن دفع المفتاح إليه ، ولم يقل شيئاً لا يكون قبضاً ، وتسليم الدار أو الأرض يتم بأن يقف المشتري في داخلها أو قريباً منها بحيث يرى جانب الأرض أو يقدر على إغلاق باب الدار فوراً ، فإن كان بعيداً عنها بغير هذه الحالة ، لم يكن قبضاً^(٢) . وعلى هذا فإن القبض عند الحنفية يكون بالتخلية ، سواء أكان المبيع عقاراً أم منقولاً إلا المكمل والموزون فإن قبضه يكون باستيفاء قدره أي بكيله أو وزنه .

وقال المالكية والشافعية : قبض العقار كالأرض والبناء ونحوهما يكون بالتخلية بين المبيع وبين المشتري وتمكينه من التصرف فيه بتسليم المفاتيح إن وجدت . وقبض المنقول كالأمتعة والأنعام والدواب بحسب العرف الجاري بين الناس^(٣) .

وقال الحنابلة : قبض كل شيء بحسبه ، فإن كان مكيلاً أو موزوناً فقبضه بكيله ووزنه أي أنه يجب الرجوع في القبض إلى العرف^(٤) .

٢- الإلتلاف : فلو أتلف المشتري المبيع في يد البائع صار قابضاً للمبيع ، وتقرر عليه الثمن ؛ لأن التخلية تمكين من التصرف في المبيع والإلتلاف تصرف فيه حقيقة .

والتعيب مثل الإلتلاف : وهو أن يحدث المشتري في المبيع عيباً ، كأن يقطع يده أو يشج رأسه ، أو أن ينقص منه شيئاً .

وكذا لو أمر المشتري البائع بالإلتلاف ففعل ، أو أمره بطحن الحنطة فطحن^(٥) ، لأن فعل البائع بأمر المشتري بمنزلة فعل المشتري بنفسه .

(١) من قواعد الحنفية : « التخلية بين المشتري وبين المبيع قبض » فيعد ذلك قبضاً ، وإن لم يتم القبض حقيقة ، فإذا هلك المبيع يهلك على المشتري (راجع الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حزة : ص ٦٣) .

(٢) البدائع ، المرجع السابق ، رد المختار : ٤ ص ٤٤ ، عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٨٦ .

(٣) الشرح الكبير للدردير : ٣ ص ١٤٥ ، المجموع : ٩ ص ٣٠١ - ٣٠٩ ، المهذب : ١ ص ٢٦٢ .

(٤) الغني : ٤ ص ١١١ وما بعدها .

(٥) البدائع ، المرجع السابق ، رد المختار ، المرجع السابق .

٣- ايداع المبيع عند المشتري أو إعارته منه : لو أودع البائع المبيع عند المشتري أو أعاره منه ، يصير المشتري بذلك قابضاً ؛ لأن الايداع والإعارة للمالك لا يصح ، كما أسلفنا قريباً .

وكذا لو أودع المشتري المبيع عند أجنبي أو أعاره ، وطلب من البائع تسليمه إليه ، يصير قابضاً ؛ لأن الإعارة والايدياع عند آخر عمل صحيح ، فقد أثبت يد النيابة لغيره ، ويد أمينه كيده ، فصار قابضاً .

أما لو أودع المشتري من البائع أو أعاره له أو آجره ، لم يكن ذلك قبضاً ؛ لأن هذه التصرفات لم تصح من المشتري ؛ لأن يد الحبس بطريق الأصاله ثابتة للبائع ، فلا يتصور إثبات يد النيابة له ^(١) .

٤- اتباع الجاني بالجناية على المبيع : لو جنى أجنبي على المبيع فاختار المشتري اتباع الجاني بالضمان ، كان اختياره بمنزلة القبض عند أبي يوسف ، حتى لو هلك المبيع يكون الهلاك على المشتري ، ويتقرر عليه الثمن ، ولا يبطل البيع .
وقال محمد : لا يصير قابضاً ويبقى المبيع في ضمان البائع ، ويؤمر بالتسليم إليه ، ويكون الهلاك على البائع ، ويبطل البيع ويسقط الثمن عن المشتري .

دليل أبي يوسف : أن جناية الأجنبي حصلت بإذن المشتري وأمره ضمناً ، فيصير قابضاً ، كما لو ارتكب الجناية بنفسه . وبيانه : أن اختيار المشتري اتباع الجاني بالضمان تمليك من الشيء المضمون الجني عليه ؛ لأن المضمونات تملك باختيار الضمان بأثر رجعي يستند إلى وقت حدوث سبب الضمان ، فيصير كأن الجناية حصلت بأمر المشتري .

ودليل محمد : أن الضمان متعلق بالعين لأن قيمة العين قائمة مقامها ، والعين لو

(١) البدائع : ٥ ص ٢٤٦ .

كانت قائمة فهلكت قبل القبض ، كان الهلاك على البائع ، فكذا القيمة^(١) .

٥- القبض السابق : كل ما سبق فيما إذا كان المبيع في يد البائع ، فإن كان في يد المشتري بقبض سابق ، ثم باعه المالك له ، فهل يعتبر قابضاً بمجرد الشراء أو لا بد من تجديد القبض ليتم التسليم ؟ فيه تفصيل :

لقد قسم الفقهاء القبض من حيث قوة أثره وضعفه إلى قسمين : قبض الضمان وقبض الأمانة .

فقبض الضمان : هو ما كان فيه القابض مسؤولاً عن المقبوض تجاه الغير ، فيضمنه ، إذا هلك عنده ، ولو بأفة سماوية ، كالمغصوب في يد الغاصب ، والمبيع في يد المشتري .

وقبض الأمانة : هو ما كان فيه القابض غير مسؤول عن المقبوض إلا بالتعدي ، أو التصير في الحفظ كالوديعة أو العارية أو المأجور أو مال الشركة في يد الوديع ، أو المستعير ، أو المستأجر ، أو الشريك .

وقد اعتبروا قبض الضمان أقوى من قبض الأمانة بسبب الضمان المترتب .

والمبدأ العام : أن القبض السابق ينوب عن القبض اللازم في البيع إذا كانا متجانسين في الضمان وعدمه ، أو كان السابق أقوى بخلاف ما إذا كان أضعف . فقبض الضمان ينوب عن قبض الأمانة وعن قبض الضمان ، وأما قبض الأمانة فلا ينوب إلا عن قبض الأمانة فقط ، ولا ينوب عن قبض الضمان ؛ لأن الأدنى لا يغني عن الأعلى^(٢) .

(١) البدائع ، المرجع السابق .

(٢) عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٨٧ وما بعدها ، فتح القدير : ص ٥ ، ٢٠٠ ، حاشية ابن عابدين : ص ٤

، ٥٢٥ ، مجمع الضمانات للبغدادي : ص ٢١٧ .

وعلى هذا الأساس إذا كان الشيء المبيع موجوداً في يد المشتري قبل البيع : إما أن تكون يده يد ضمان أو يد أمانة .

أ- فإن كانت يد المشتري يد ضمان :

١- فإما أن تكون يد ضمان بنفسه : كيد الغاصب ، فيصير المشتري قابضاً للمبيع بنفس العقد ، ولا يحتاج إلى تجديد القبض ، ويبرأ البائع من التزام التسليم ، سواء أكان المبيع حاضراً في مجلس العقد ، أم غائباً ؛ لأن المغضوب مضمون بنفسه ، والمبيع بعد القبض مضمون بنفسه ، فتجانس القبضان ، فتاب أحدهما عن الآخر .

أو تكون يد ضمان لغيره ، كيد الرهن ، بأن باع الراهن المرهون من المرتهن ، فإنه لا يصير قابضاً ، إلا أن يكون الرهن حاضراً في مجلس العقد ، أو يذهب إلى حيث يوجد الرهن ، ويتمكن من قبضه ؛ لأن المرهون ليس بمضمون بنفسه ، بل بغيره ، وهو الدين ، والمبيع مضمون بنفسه ، فلم يتجانس القبضان ، ولأن الرهن أمانة في الحقيقة ، فكان قبضه قبض أمانة ، وإنما يسقط الدين بهلاكه ، لا لكونه مضموناً ، وإنما المعنى آخر ، وهو الاستيثاق بالدين ، فيهلك الرهن من مال المرتهن ويسقط الدين بقدر الرهن ؛ لأن الرهن وثيقة بالدين .

وإذا كان قبض الرهن قبض أمانة ، فقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان ، كقبض العارية والوديعة .

ب- وإن كانت يد المشتري يد أمانة ، كيد المستعير أو الوديع ، فلا يصير قابضاً ، إلا أن يكون المبيع بحضرته ، أو يذهب إليه ، فيتمكن من قبضه بالتخلي ؛ لأن يد الأمانة ليست من جنس يد الضمان ، فلا يتناوبان^(١) .

(١) البدائع : ص ٢٤٨ ، فتح القدير : ص ٢٠٠ .

المبحث الرابع - البيع الباطل والبيع الفاسد

تمهيد :

العقد من حيث حكمه أو وصفه الذي يعطيه الشارع له ، بناء على مقدار استيفائه لأركانه وشروطه ، ينقسم عند جمهور الفقهاء إلى صحيح وغير صحيح .

فالصحيح : هو ما استوفى شروطه وأركانه . وغير الصحيح : هو ما اختل فيه ركن من أركانه أو شرط من شروطه ، ولا يترتب عليه أي أثر ، ويشمل الباطل والفساد ، وهما بمعنى واحد .

وأما الحنفية : فيقسمون العقد إلى صحيح وفساد وباطل ، فغير الصحيح عندهم ، إما فاسد أو باطل .

ومنشأ الخلاف : هو في تقدير نهى الشارع عن عقد ما .. هل النهي يقتضي الفساد أي عدم الاعتبار والوقوع في الإثم معاً ، أم يقتصر على إيجاب الإثم وحده مع اعتباره أحياناً ، ثم هل يستوي النهي عن ركن من أركان العقد مع النهي عن وصف عارض للعقد ؟

قال جمهور الفقهاء : إن نهى الشارع عن عقد ما : يعني عدم اعتباره أصلاً ، وإثم من يقدم عليه ، ولا فرق بين النهي عن أركان العقد أو النهي لوصف عارض للعقد ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد ، ومن أدخل في ديننا ما ليس فيه فهو رد »^(١) .

فتى خالف العمل أمر الشارع وطلبه ، وصف بالفساد أو البطلان ، سواء أكانت المخالفة راجعة إلى حقيقة العمل أم وصفه ، وسواء في ذلك العبادة والمعاملة .

(١) رواه مسلم عن عائشة ، وفي رواية للبخاري ومسلم وأبي داود « من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد » (راجع جامع الأصول : ١ ص ١٩٧) .

وقال الحنفية : قد يكون نهى الشارع عن عقد : معناه إثم من يرتكبه فقط ، لا إبطاله . ويفرق بين النهي عن أصل العقد أو أركانه ، فيوجب بطلان العقد ، وبين النهي عن أمر آخر كوصف من أوصاف العقد ، فيوجب فساد العقد فقط^(١) ، لأن المعاملات ينظر فيها إلى جانب مصالح العباد ، فإذا كانت مخالفة العمل راجعة إلى حقيقته كبيع المعدوم ، لم تتحقق به مصلحة أصلاً ، فكان باطلاً .

وأما إذا تحققت بالعمل مصلحة على وجه ما ، ترتب أثر العمل عليه ، ويتدارك النقص بإزالة سببه ، وهذا يتحقق فيما لو كانت مخالفة العمل راجعة إلى وصفه مع سلامة حقيقته ، بوجود ركنه وطرفيه ومحلّه ، فيسمى فاسداً .

أما العبادات فإن البطلان والفساد فيها مترادفان ، فمخالفة أمر الشارع فيها يجعلها موصوفة بالفساد والبطلان ، سواء أكان الخلل في ناحية جوهرية أم في ناحية فرعية متممة ؛ لأن العبادات ينظر فيها إلى تحقيق الامتثال والطاعة التامة ، ولا يحصل ذلك إلا بزوال كل مخالفة فيها .

وعلى هذا الأساس نعرف أن أنواع البيوع عند الحنفية بحسب وصف الشارع لها ثلاثة : صحيح ، وباطل ، وفساد .

فالبيع الصحيح : هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه^(٢) ولم يتعلق به حق الغير ، ولا خيار فيه ، وحكمه : أنه يثبت أثره في الحال . فالبيع الصحيح يثبت أثره

(١) انظر الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى : ص ٤٣٦ وما بعدها . والذي يرجح أن أثر النهي المتوجه إلى الوصف كأثر النهي المتوجه إلى ماتتوقف عليه حقيقة الشيء ، سواء في اعتبار الشرع ، وأن البيع الفاسد والباطل سيان لا يترتب عليه حكم من الأحكام (راجع أصول البيوع الممنوعة للأستاذ عبد السميع وهي رسالة دكتوراه من الأزهر : ص ١٤٧) .

(٢) أصل العقد أي ركنه ومحلّه فالركن : الإيجاب والقبول ، والمحل : محل العقد : ومعنى كون الركن مشروعاً : ألا يعرض له خلل كأن يصدر الإيجاب والقبول من مجنون أو صبي لا يعقل . ومعنى كون المحل مشروعاً : أن يكون مالاً متقوماً . وأما وصف العقد : فهو ما كان خارجاً عن الركن والمحل كالشرط المخالف لمقتضى العقد ، أو كون المبيع غير مقدور التسليم ، وكالثنية فإنها صفة تابعة للعقد .

وهو تبادل الملكية في العوضين ، فيثبت ملك المبيع للمشتري ، وملك الثمن للبائع فور انتهاء الايجاب والقبول إذا لم يكن في البيع خيار .

والبيع الباطل : هو ما اختل ركنه أو محله ، أو هو مالا يكون مشروعاً بأصله ولا بوصفه ، أي أن يكون العاقد ليس أهلاً للعقد ، أو أن يكون محل العقد ليس قابلاً له . وحكمه : أنه لا يعتبر منعقداً فعلاً ، وإن وجدت صورته في الخارج فلا يفيد الملك أصلاً ، مثل عقد الطفل أو المجنون أو بيع ماليس بمال كالميتة ، أو ماليس بمتقوم كالخمر والخنزير .

وإذا كان البيع الباطل لا يفيد الملك بالقبض ، فلو هلك المبيع في يد المشتري فيطبق عليه حكم هلاك الأمانات ؛ لأن العقد غير معتبر فبقي القبض بإذن المالك . قيل : وهو قول أبي حنيفة . وعند البعض : يكون مضموناً لأنه لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء . قيل : وهو قول الصحابين . وأما الثمن المقبوض ببيع باطل فالصحيح أنه مضمون كالمقبوض ببيع فاسد .

والبيع الفاسد : هو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه أي أن يصدر من أهل له في محل قابل للبيع ، ولكن عرض له أمر أو وصف غير مشروع . مثل بيع المجهول جهالة تؤدي للنزاع كبيع دار من الدور أو سيارة من السيارات المملوكة لشخص ، دون تعيين ، وكإبرام صفقتين في صفقة كبيع دار على أن يبيعه سيارته مثلاً : وسنذكر أمثلة أخرى بالتفصيل . وحكمه : أنه يثبت فيه الملك بالقبض بإذن المالك صراحة أو دلالة ، كأن يقبضه في مجلس العقد أمام البائع دون أن يعترض عليه ، خلافاً لجمهور الفقهاء الذين يقررون أنه لا يفيد الملك أصلاً كالبيع الباطل^(١) .

(١) انظر فتح القدير مع العناية : ص ١٨٥ وما بعدها ، البدائع : ص ٢٩٩ ، رد المحتار لابن عابدين : ص ٤٠٤ ، مجمع الضمانات : ص ٢١٥ وما بعدها ، الأموال ونظرية العقد للدكتور يوسف موسى : ص ٤٤٠ وما بعدها .

الضابط الذي يميز الفاسد عن الباطل

إذا كان الفساد يرجع للمبيع فالبيع باطل ، كما إذا باع خمراً أو خنزيراً أو ميتة أو دماً أو صيد الحرم أو الإحرام ، فلا يفيد الملك أصلاً وإن قبض ؛ لأن الخلل واقع على المبيع ذاته ، وهو أن الخمر والخنزير لا يثبت الملك فيها للمسلم بالمبيع ، والمبيع لا ينعقد بلا مبيع ، والميتة والدم ليسا بمال متقوم ، وقد أبطل الشارع تملك صيد الحرم والإحرام .

وإن كان الفساد يرجع للثمن : فإن كان الثمن مالاً في الجملة أي في بعض الأديان أو مرغوباً عند الناس ، كالخمر والخنزير وصيد الحرم والإحرام فإن البيع يكون فاسداً أي أنه ينعقد بقيمة المبيع ، ويفيد الملك في المبيع بالقبض ؛ لأن ذكر الثمن المرغوب دليل على أن غرضها البيع فينعقد بيعاً بقيمة المبيع^(١) .

وأما إن كان الثمن ميتة أو دماً ، فاختلفت الحنفية : فقال عامتهم : يبطل ، وقال بعضهم : يفسد ، والصحيح أنه يبطل ؛ لأن المسمى ثمناً ليس بمال أصلاً^(٢) .

وبعد هذا التمهيد :

نذكر نموذجاً من أنواع البيع الباطل ولو في رأي بعض الفقهاء ، ثم نذكر نموذجاً آخر من أنواع البيع الفاسد ، ثم نعقبها بتفصيل حكم البيع الفاسد وما يترتب عليه .

وقد فصلنا بين نوعي البيع المذكورين منعاً للإيهام أو الإشكال ، على عكس ما نجد في أغلب كتب الحنفية التي تذكر باب البيع الفاسد . وتريد به الأعم من كونه فاسداً أو باطلاً وهو المنهي عنه الممنوع شرعاً^(٣) بل إنهم قد يطلقون لفظ الفاسد

(١) الفرق بين الثمن والقيمة أن الثمن ماتراض عليه المتعاقدان ، سواء زاد على القيمة أو نقص عنها . والقيمة : ما قوم به الشيء بمنزلة المعيار من غير زيادة ولا نقص (انظر رد المحتار : ٤ ص ٥٣) .

(٢) البسيط : ١٣ ص ٢٢ ومابعدها ، فتح القدير والعناية : ٥ ص ١٨٦ ، ٢٢٧ ، البدائع : ٥ ص ٢٩٩ ، ٣٠٥ .

(٣) انظر فتح القدير : ٥ ص ١٨٥ ، رد المحتار : ٤ ص ١٠٤ .

ويريدون به الباطل ، ويفهم المقصود إما بالقرائن أحياناً أو بما يشعر بأن البيع باطل كقولهم : لا ينقلب العقد صحيحاً ، وفي البيع الفاسد بالعكس : يعود العقد صحيحاً .

المطلب الأول - أنواع البيع الباطل

نذكر من أنواع البيع الباطل ما يأتي :

١ - بيع المعدوم :

اتفق أئمة المذاهب على أنه لا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم ، كبيع نتاج النجاسات بأن قال : بعث ولد ولد هذه الناقة ، وبيع الحمل الموجود لأنه على خطر الوجود ، وبيع الثمر والزرع قبل ظهوره لأن النبي ﷺ « نهى عن بيع جبل الحبلية »^(١) أي نتاج النجاسات . ونهى أيضاً عن بيع المضامين والملاقيح^(٢) (والمضامين : مافي أصلاب الذكور ، والملاقيح : مافي بطون الإناث) ونهى كذلك عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه ، كما سيأتي .

ومن الملحق بالمعدوم : بيع لؤلؤ في صدف ، وبيع اللبن في الضرع وبيع الصوف على ظهر الغنم ، ومثله بيع الكتاب قبل طبعه ، فإن بيع ذلك لا يجوز عند جمهور

(١) رواه البخاري ومسلم وأحمد والموطأ وأبو داود والنسائي والترمذي عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ « نهى عن بيع جبل الحبلية » (انظر جامع الأصول : ١ ص ٤٤١ ، نيل الأوطار : ٥ ص ١٤٧) .

(٢) فيه عدة روايات منها ما رواه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه نهى عن المضامين ، والملاقيح ، وجبل الحبلية : قال : المضامين : مافي أصلاب الإبل ، والملاقيح ، مافي بطونها ، وجبل الحبلية : ولد ولد هذه الناقة ، وقيل : إن المبيع هو ولد الناقة (انظر نصب الراية : ٤ ص ١٠) والخلاصة أن المضامين : مافي ظهر الفحل بمعنى أن يحمل البائع الفحل على ناقته ، فما أنتجته كان للمشتري ، أو بيع ما يضره الفحل مدة عام أو عامين . والملاقيح : بيع الجنين في بطن أمه ، أو مافي البطن من المني قبل أن يطلق عليه اسم الحمل ، وهذه البيوع كانت متعارفة في الجاهلية .

الفقهاء ؛ لأن محل العقد غير موجود بالتأكيد ، ولما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : « نهى رسول الله ﷺ أن تباع ثمرة حتى تطعم ^(١) ، ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع ^(٢) » ولأن بيع اللبن في الضرع مجهول الصفة والمقدار . وجهالة مقداره ، لأنه قد يرى امتلاء الضرع من السمن ، فيظن أنه من اللبن . وجهالة الصفة : لأنه قد يكون اللبن صافياً ، وقد يكون كدرأ فأشبهه الحبل ، لأنه يبيع عين لم تخلق ، فلم يجز كبيع ماتحمل الناقة ، والعادة في ذلك تختلف . وفيه علة أخرى وهي : أنه معجوز التسليم ، لأن اللبن لا يجتمع في الضرع دفعة واحدة ، بل شيئاً فشيئاً ، فيختلط المبيع بغيره على وجه يتعذر التمييز بينها .

وأما لبن الظئر (أي المرضع) فيجوز بيعه للحضانة ، للحاجة .

وأما بطلان بيع الصوف على ظهر الغنم ، فلأنه يقع الاختلاف في موضع القطع من الحيوان ، فيقع الإضرار به فكان مشتملاً على الغرر ، وفيه علة أخرى وهي : أنه معجوز التسليم ، لأن الصوف ينو ساعة فساعة ، فيختلط الموجود عند العقد بالحادث بعده على وجه لا يمكن التمييز بينها .

وخالف الإمام مالك في الحالتين ، فقال : يجوز بيع اللبن في الضرع في الغنم السائمة التي لا يختلف لبنها ، لافي الشاة الواحدة ، أياماً معلومة ، إذا عرف قدر حلابها ، لسقي الصبي ، كلبن الظئر ، لتسامح غالب الناس به أياماً معلومة غالباً ، بل رأينا من يسامح بلبن بقرته الشهر وأكثر بطريق الإباحة أو الهبة . وقال أيضاً : يصح بيع الصوف على ظهر الغنم ، لأنه مشاهد يمكن تسليمه .

وهناك رواية عند الحنابلة تقرّر مثل هذا الحكم وهو أنه يجوز بيع الصوف على

(١) تطعم - بكسر العين أي يبدو صلاحها .

(٢) حديث مرفوع مسند رواه الطبراني في معجمه عن ابن عباس ، وأخرجه الدارقطني والبيهقي في سننهما (انظر نصب الراية : ٤ ص ١١ ، نيل الأوطار : ٥ ص ١٤٩) .

ظهر الغنم ، بشرط جزّه في الحال ، لأنه معلوم يمكن تسليمه . وكذلك الظاهرية أجازوا بيع الصوف على ظهور الغنم^(١) .

رأي بعض الحنابلة في بيع المعدوم : أجاز ابن القيم وأستاذه ابن تيمية بيع المعدوم عند العقد إذا كان محقق الوجود في المستقبل بحسب العادة ، لأنه لم يثبت النهي عن بيع المعدوم لافي الكتاب ولا في السنة ولا في كلام الصحابة ، وإنما ورد في السنة النهي عن بيع الغرر ، وهو مالا يقدر على تسليمه ، سواء أكان موجوداً أم معدوماً كبيع الفرس النافر والجمال الشارد ، فليست العلة في المنع لا العدم لا الوجود .

بل إن الشرع صحح بيع المعدوم في بعض المواضع ، فإنه أجاز بيع الثمر بعد بدء صلاحه ، والحب بعد اشتداده ، ومعلوم أن العقد إنما ورد على الموجود والمعدوم الذي لم يخلق بعد . وعلى هذا فبيع المعدوم إذا كان مجهول الوجود في المستقبل باطل للغرر لا للعدم ، فالأصل إذاً هو الغرر^(٢) .

٢ - بيع معجوز التسليم

يرى جمهور الحنفية كما في ظاهر الرواية : أنه لا ينعقد بيع معجوز التسليم عند العقد ، ولو كان مملوكاً ، كالطير الذي طار من يد صاحبه ، أو العبد الآبق (الفار) واللقطة ، ويكون البيع باطلاً ، حتى لو ظهر الآبق ونحوه يحتاج إلى تجديد الإيجاب والقبول ، إلا إذا تراضيا حينئذ ، فيكون بيعاً مبتدئاً بالتعاطي .

(١) انظر المتوسط : ١٢ ص ١٩٤ وما بعدها ، ١٣ ص ٢٣ ، البدائع : ٥ ص ١٣٩ ، ١٤٨ ، فتح القدير : ٥ ص ١٩٢ ، رد المحتار : ٤ ص ١٠٦ ، ١١٢ ، ١١٣ ، بداية المجتهد : ٢ ص ١٤٧ ، ١٥٧ ، الميزان : ٢ ص ٦٧ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٠ ، المهذب : ١ ص ٢٦٢ ، المغني : ٤ ص ٢٠٨ وما بعدها ، سبل السلام : ٣ ص ٢٢ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٢٥٦ ، المحلى : ٨ ص ٤٥٨ .

(٢) راجع أعلام الموقعين : ٢ ص ٨ وما بعدها ، مصادر الحق : ٣ ص ٤٠ وما بعدها ، الغرر وأثره في العقود : ص ٣٥٦ وما بعدها ، الأموال ونظرية العقد : ص ٢٠٨ .

ولو قدر على التسليم في المجلس لا يعود جائزاً، لأنه وقع باطلاً، وعن الكرخي والطحاوي: أنه يعود جائزاً.

فإن كان الطائر يذهب ويعود كالحمام الأهلي، ففي ظاهر الرواية: لا يجوز أيضاً بيعه لعدم القدرة على التسليم في الحال، وقال بعض الحنفية: إن كان الطائر داجناً يعود إلى بيته ويقدر على أخذه بلا تكلف جاز بيعه، وإلا فلا.

وكذا يبطل العقد إذا جعل معجوز التسليم ثمناً؛ لأن الثمن إذا كان عيناً، فهو مبيع في حق صاحبه^(١).

وقال المالكية: لا ينعقد بيع البعير الشارد والبقرة المتوحشة والمغصوب إلا أن يبيعه من غاصبه.

وقال الشافعية والحنابلة: لا يجوز (أي لا ينعقد) بيع مالا يقدر على تسليمه

(١) وذكر الكرخي رحمه الله أنه ينعقد بيع الآبق، حتى لو ظهر وسلم يجوز ولا يحتاج إلى تحديد البيع، ودليله: أن الإباق لا يوجب زوال الملك، ألا ترى أنه لو أعتقه أو دبره ينفذ، فإذا باعه يكون قد باع مالا مملوكاً له، إلا أنه لم ينفذ للحال للعجز عن التسليم، فإن سلم زال المانع، فينفذ، كبيع المغصوب الذي في يد الغاصب إذا باعه المالك لغيره، فإنه ينعقد موقوفاً على التسليم.

ووجه ظاهر الرواية: هو أن القدرة على التسليم شرط انعقاد العقد، لأنه لا ينعقد إلا لفائدة، ولا يفيد إذا لم يكن قادراً على التسليم، والعجز عن التسليم ثابت حالة العقد، وفي حصول القدرة بعد ذلك شك، واحتمال قد يحصل وقد لا يحصل. ومالم يكن منعقداً بيقين لا ينعقد لفائدة محتملة، بخلاف بيع المغصوب من غير الغاصب، فإنه ينعقد موقوفاً على التسليم، حتى لو سلم ينفذ، لأن المالك هنا قادر على التسليم بقدرة السلطان والقاضي وجماعة المسلمين، إلا أنه لم ينفذ للحال، لوجود يد الغاصب صورة، فإذا سلم زال المانع، فينفذ، بخلاف الآبق، لأنه معجوز التسليم على الإطلاق، فأشبه بيع الآبق ببيع الطير في الهواء، والسك في الماء (البدائع: ٥ ص ١٤٧ وما بعدها، فتح القدير: ٥ ص ١٩٩، رد المحتار: ٤ ص ١١٢، مختصر الطحاوي: ص ٨٢، الأموال ونظرية العقد لأستاذنا محمد يوسف موسى: ص ٣١٤).

وقال المالكية: لا يجوز (أي لا ينعقد) بيع الآبق حال إباقه، إذا لم يعلم موضعه أو علم أنه عند من لا يسهل خلاصه منه أو عند من يسهل خلاصه منه، ولم تعلم صفته فإذا كان معلوم الصفة، معلوم الموضع عند البائع والمشتري جاز، قال ابن رشد: وأظنه (أي الإمام مالك) اشترط أن يكون معلوم الإباق، ويتواضعان الثمن أي لا يقبضه البائع حتى يقبض المشتري المبيع (بداية المجتهد: ٢ ص ١٥٦، الشرح الكبير للدردير: ٣ ص ١١) وقد ذكرت حكم العبد الآبق مجرد الاطلاع من الناحية التاريخية.

كالطير في الهواء أو السمك في الماء والجمل الشارد، والفرس العائر (أي الهائم على وجهه) والمال المغصوب في يد الغاصب والعبد الآبق، سواء علم مكانه أو جهل، ومثله بيع الدار أو الأرض تحت يد العدو^(١) لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصة، وعن بيع الغرر^(٢)، وهذا غرر، وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن شراء العبد الآبق، وعن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع وعن شراء ما في ضروعها، وعن شراء الغنائم حتى تقسم^(٣). وعن ابن مسعود أن رسول الله ﷺ قال: «لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر»^(٤) فقد علل النهي عن بيع السمك بأنه غرر، فدل على أن الغرر: ما لا يقدر على تسليمه. والمراد بالماء الذي لا يجوز بيع السمك فيه هو الماء غير المحصور بماء البحر والنهر، فإن كان الماء محصوراً بماء البركة فقال الحنفية والشافعية والحنبلة في الجملة: يجوز بيع السمك فيه إذا كان يمكن أخذه بدون اصطيد وحيلة. ولكن للمشتري خيار الرؤية عند الحنفية. ومنع المالكية بيع السمك في الغدير أو البركة^(٥).

والخلاصة: أن المذاهب الأربعة متفقة على بطلان بيع ما لا يقدر على تسليمه، مع الخلاف في بعض القيود أحياناً أو مع أقوال ضعيفة في المذهب.

وذهب الظاهرية إلى أنه لا يشترط في صحة البيع أن يكون المعقود عليه مقدور

- (١) المهذب: ١ ص ٢٦٢، المغني: ٤ ص ٢٠٠ وما بعدها، غاية المنتهى: ٢ ص ١٠.
- (٢) رواه مسلم وأحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه عن أبي هريرة «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصة وعن بيع الغرر» وقد سبق تخريجه. وبيع الحصة مثل أن يقول: بعتك من هذه الأنواب ما وقعت عليه هذه الحصة ثم يرمي الحصة (انظر جامع الأصول: ١ ص ٤٤١، نيل الأوطار: ٥ ص ١٤٧).
- (٣) رواه أحمد وابن ماجه عن شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري ونهه: «نهى النبي ﷺ عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع، وعن بيع ما في ضروعها إلا بكيل، وعن شراء المغنم حتى تقسم، وعن شراء الصدقات حتى تقبض، وعن ضربة الغنائم» (انظر نيل الأوطار: ٥ ص ١٤٩).
- (٤) رواه أحمد موقوفاً ومرفوعاً والطبراني في الكبير كذلك، ورجال الموقوف رجال الصحيح (انظر مجمع الزوائد: ٤ ص ٨٠).
- (٥) البدائع: ٥ ص ٢٩٥، بداية المجتهد: ٢ ص ١٥٦، المهذب: ١ ص ٢٦٢، المغني: ٤ ص ٢٠٢.

التسليم ، وإنما الواجب ألا يحول البائع بين المشتري وبين ما اشتراه^(١) .

بيع الدين :

الدين^(٢) : كتمن مبيع ، وبديل قرض ، ومهر بعد دخول بالمرأة أو قبل الدخول بها ، وأجرة مقابل منفعة ، وأرش^(٣) جنائية ، وغرامة متلف ، وعوض خلع ، ومسلم فيه . وبيع الدين : إما أن يكون لمن في ذمته الدين ، أو لغير من عليه الدين . وفي كل من الحالين إما أن يباع الدين نقداً في الحال ، أو نسيئة مؤجلاً .

وبيع الدين نسيئة : هو ما يعرف ببيع الكالئ بالكالئ أي الدين بالدين وهو بيع ممنوع شرعاً لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ^(٤) ، وقد قيل : أجمع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين ، وذلك سواء أكان البيع للمدين ، أم لغير المدين .

مثال الأول وهو بيع الدين للمدين : أن يقول شخص لآخر اشترت منك مدماً من الخنطة بدينار على أن يتم تسليم العوضين بعد شهر مثلاً . أو أن يشتري شخص شيئاً إلى أجل ، فإذا حل الأجل ، لم يجد البائع ما يقضي به دينه ، فيقول للمشتري : يعني هذا الشيء إلى أجل آخر بزيادة شيء ، فيبيعهه ولا يجري بينهما تقابض . فيكون هذا رباً حراماً تطبيقاً لقاعدة : « زدني في الأجل ، وأز يدك في القدر » .

ومثال بيع الدين لغير المدين : أن يقول رجل لغيره : بعتك العشرين مدماً من

(١) المحلى : ٨ ص ٤٤٩ وما بعدها ، أصول البيوع المنوعة : ص ١٣٠ .

(٢) يلاحظ أن «الدين» في القوانين الوضعية المعاصرة : هو العمل الذي يجب على الشخص أن يقوم به . فيشمل ما إذا كان محل هذا العمل ديناً موصوفاً في الذمة الذي يقول به فقهاؤنا ، أو عيناً : وهي الشيء للمعين الشخص بذاته .

(٣) الأرش : هو العوض المالي المقدر شرعاً بدلاً عن الجناية التي ألحقت بعضو من الأعضاء .

(٤) رواه الدارقطني عن ابن عمر ، ورواه الطبراني عن رافع بن خديج ، وقد سبق تخريجه ، وبيان كونه ضعيفاً .

القمح التي لي عند فلان بكذا تدفعها لي بعد شهر^(١) .

وبيع الدين تقدماً في الحال : اختلف الفقهاء في شأنه على التفصيل الآتي :

أولاً- بيع الدين للمدين : أجاز جمهور الفقهاء أئمة المذاهب الأربعة بيع الدين لمن عليه الدين أو هبته له ؛ لأن المانع من صحة بيع الدين بالدين هو العجز عن التسليم ، ولا حاجة إلى التسليم ههنا ، فما في ذمة المدين مسلم له^(٢) . ومثاله : أن يبيع الدائن للمدين ديناً له في ذمته بدين آخر من غير جنسه ، فيسقط الدين المبيع ، ويجب عوضه .

وقال الظاهرية : لا يجوز بيع الدين إلى المدين لوجود الغرر فيه ، قال ابن حزم : لأنه بيع مجهول ، وما لا يدري عينه ، وهذا هو أكل مال بالباطل^(٣) .

ثانياً- بيع الدين لغير المدين : قال الحنفية والظاهرية : بما أنه لا يجوز بيع معجوز التسليم ، فلا ينعقد بيع الدين من غير من عليه الدين ، لأن الدين غير مقدور التسليم إلا للمدين نفسه في حق البائع ؛ لأن الدين عبارة عن مال حكمي في الذمة ، أو عبارة عن فعل تمليك المال وتسليمه ، وكل ذلك غير مقدور التسليم من البائع . ولو شرط التسليم على المدين لا يصح البيع أيضاً ؛ لأن البائع شرط التسليم على غيره ، فيكون شرطاً فاسداً ، فيفسد البيع^(٤) .

وقال الشافعية في الأظهر عندهم^(٥) : يجوز بيع الدين

(١) راجع سبل السلام : ٣ ص ٤٥ ، نيل الأوطار : ٥ ص ١٥٦ ، الشرح الكبير والدسوقي : ٣ ص ٦١ وما بعدها ، الغرر

وأثره في العقود للدكتور الصديق : ٣١١ وما بعدها ، غاية المنتهى : ٢ ص ٥٨ ، المهذب : ١ ص ٢٦٢ .

(٢) البدائع : ٥ ص ١٤٨ ، تكلية ابن عابدين : ٢٢٦/٢ ، الفتاوى الهندية : ٤/٣٦٥ ، أصول البيوع المنوعة : ١١١ ،

المغني : ٤ ص ١٢٠ .

(٣) المحلى : ٩ ص ٧ وما بعدها ، أصول البيوع ، المكان السابق .

(٤) البدائع ، المحلى ، في المكانين السابقين .

(٥) المهذب : ١ ص ٢٦٢ وما بعدها .

المستقر^(١) للمدين ولغير المدين قبل القبض ، لأن الظاهر القدرة على التسليم من غير منع ولا جحود ، ومثال الدين المستقر : قيمة المتلفات ، والمال الموجود عند المقترض .

وأما إن كان الدين غير مستقر : فإن كان مسلماً فيه في عقد السلم ، فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه ، لعموم النهي عن بيع مالم يقبض ، ولأن الملك في المسلم فيه غير مستقر ، لأنه ربما تعذر تسليمه لفقدانه ، فانفسخ البيع فيه .

وإن كان الدين ثمناً في بيع ، ففي المذهب الجديد للشافعي : يجوز التصرف فيه قبل قبضه لخبر ابن عمر في هذا الشأن عن الرسول ﷺ : « لا بأس مالم تتفرقا ، وبينكما شيء »^(٢) ولأنه لا يخشى انفساخ العقد فيه بالهلاك ، فصار ذلك مثل المبيع بعد القبض .

وقال الحنابلة : يصح في الصحيح من المذهب بيع الدين المستقر للمدين كبذل قرض ومهر بعد الدخول . ولا يصح بيع الدين لغير المدين ، كما لا تصح هبة الدين لغير من هو في ذمته ؛ لأن الهبة تقتضي وجود معين ، وهو منتفٍ هنا . كما لا يصح بيع الدين غير المستقر كأجرة عقار قبل مضي مدة الإيجار ، ومهر قبل دخول المرأة ، ومسلم فيه قبل القبض ، إلا أن ابن القيم أجاز بيع الدين للمدين ولغير المدين^(٣) .

وقال المالكية : يجوز بيع الدين لغير المدين بشروط ثمانية تبعده عن الغرر والربا وأي محظور آخر كيبيع الشيء قبل قبضه ، وتتلخص هذه الشروط هنا في شرطين هما :

(١) الدين المستقر : هو الثابت استيفاءه والذي يكون الملك عليه لازماً مستحقاً لصاحبه دون أن يكون هناك أي احتمال آخر لسقوطه .

(٢) رواه الترمذي وغيره ، وصححه الحاكم على شرط مسلم ، والقصة معروفة وهي أن ابن عمر قال : « كنت أبيع الإبل بالقيع بالدنانير ، فأخذ الدرهم ، وأبيع بالدرهم ، فأخذ الدنانير ، فقال رسول الله ﷺ : « لا بأس مالم تتفرقا وبينكما شيء » .

(٣) المغني : ٤ ص ١٢٠ ، ٣٠١ ، غاية المنتهى : ٢ ص ٨٠ وما بعدها ، أعلام الموقعين : ١ ص ٣٨٨ وما بعدها . كشف القناع : ٤ / ٣٣٧ .

١- ألا يؤدي البيع إلى محذور شرعي كالربا والغرر ونحوهما : فلا بد من أن يكون الدين مما يجوز بيعه قبل قبضه ، كأن يكون من قرض ونحوه ويكون الدين المبيع غير طعام ، وأن يباع بثمن مقبوض أي معجل لئلا يكون ديناً بدين ، وأن يكون الثمن من غير جنس الدين المبيع أو من جنسه مع التساوي بينها حذراً من الوقوع في الربا ، وألا يكون الثمن ذهباً إذا كان الدين فضة ، حتى لا يؤدي ذلك إلى بيع النقد بالنقد نسيئة من غير مناجزة ، فهذه أربعة شروط في شرط .

٢- أن يغلب على الظن الحصول على الدين بأن يكون المدين حاضراً في بلد العقد ، ليعلم حاله من عسر أو يسر ، وأن يكون المدين مقراً بالدين ، حتى لا ينكره بعدئذ ، فلا يجوز بيع حق متنازع فيه وأن يكون أهلاً للالتزام بالدين بألا يكون قاصراً ولا محجوراً عليه مثلاً ليكون الدين مقدور التسليم ، وألا يكون بين المشتري وبين المدين عداوة حتى لا يتضرر المشتري أو حتى لا يكون في البيع إعنات للمدين بتكفين خصمه منه^(١) .

فهذه أربعة شروط أخرى في شرط . ويظهر لنا أن مذهب المالكية هو الراجح بين المذاهب .

خصم الكبيالة : ذكر الحنفية^(٢) أن بيع أوراق الكبيالة المتعارف في زماننا إلى غير الغريم (المدين) أو لمن عليه أموال أميرية بأقص من الحق غير صحيح .

٣- بيع الغرر :

الغرر في اللغة : الخطر ، والتغيرير : التعريض للهلاك ، وأصل الغرر لغة : هو ماله ظاهر محبوب ، وباطن مكروه . ولذلك سميت الدنيا متاع الغرور .

(١) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه : ٣ ص ٦٣ ، بداية المجتهد : ٢ ص ١٤٦ ، القوانين الفقهية : ص ٢١٠ ،

٢٨٩ ، أصول البيوع المنوعة : ١٠٩ ، الغرر وأثره في العقود : ص ٣١٥ .

(٢) أصول البيوع المنوعة في الشريعة الاسلامية وموقف القوانين منها للأستاذ عبد السميع إمام : ص ١٢٠ .

فالغرر: تعريض المرء نفسه أو ماله للهلاك من غير أن يعرف . وبيع الغرر: هو بمعنى مغرور اسم مفعول ، فهو من إضافة المصدر إلى اسم المفعول . ورجح بعضهم^(١) أن الإضافة هنا من إضافة الموصوف إلى صفته ، أو من إضافة المصدر إلى نوعه ، ولا يصح جعل الإضافة من إضافة المصدر إلى مفعوله ، كما يقول ابن تيمية ، لأنه يترتب على هذا كون الغرر خاصاً بمحل العقد ، وليس كذلك ، فإن من الغرر المنهي عنه باتفاق الفقهاء ما يرجع إلى الصفة التي وقع عليها العقد ، كبيع الحصاة . أما إذا جعلنا الإضافة إلى الصفة أو نوع المصدر ، فإن النهي يعم كل بيوع الغرر ، سواء أكان الغرر في محل العقد كبيع الطير في الهواء ، وشاة من قطيع ، أم في صيغته كالبيعتين في بيعة ، والشراطين في بيع وبيع العربان ، وبيع الحصاة ونحوها .

وإذا فالغرر لغة معناه الخداع الذي هو مظنة الأرضا به عند تحققه ، فيكون من أكل المال بالباطل^(٢) . والغرر فقهاً يتناول الغش والخداع والجهالة بالمعقود عليه ، وعدم القدرة على التسليم . قال الصنعاني : يتحقق بيع الغرر في صور: إما بعدم القدرة على التسليم كبيع الفرس النافر والجل الشارد ، أو بكونه معدوماً أو مجهولاً ، أو لا يتم ملك البائع له ، كالسمك في الماء الكثير ، وغيرها من الصور^(٣) .

الغرر في اصطلاح الفقهاء : لقد ذكر فقهاء المذاهب تعريفات للغرر متقاربة نسبياً منها :

قال السرخسي الحنفي : الغرر: ما يكون مستور العاقبة^(٤) .

وقال القرافي المالكي : أصل الغرر: هو الذي لا يدري هل يحصل أم لا كالطير في الهواء والسمك في الماء^(٥) .

(١) انظر رسالة الزميل الدكتور الصديق الأمين «الغرر وأثره في العقود» ص ٦٢ .

(٢) سبل السلام: ٣ ص ١٥ .

(٣) المرجع السابق ، القوانين الفقهية : ص ٢٥٦ .

(٤) المبسوط : ١٢ ص ١٩٤ .

(٥) الفروق : ٣ ص ٢٦٥ .

وقال الشيرازي الشافعي : الغرر : ما انطوى عنه أمره وخفي عليه عاقبته^(١) .

وقال الإسنوي الشافعي : الغرر : هو ما تردد بين شيئين أغلبهما أخوفهما^(٢) .

وقال ابن تيمية : الغرر هو المجهول العاقبة . وقال ابن القيم : هو ما لا يقدر على تسليمه ، سواء أكان موجوداً أو معدوماً كبيع العبد الآبق ، والبعير الشارد ، وإن كان موجوداً^(٣) .

وقال ابن حزم : ما لا يدري المشتري ما اشترى ، أو البائع ما باع^(٤) .

والخلاصة : أن بيع الغرر : هو البيع الذي يتضمن خطراً يلحق أحد المتعاقدين ، فيؤدي إلى ضياع ماله^(٥) . وعرفه الأستاذ الزرقاء فقال : هو بيع الأشياء الاحتمالية غير المحققة الوجود أو الحدود ، لما فيه من مغامرة وتغريب يجعله أشبه بالقمار . والغرر الذي يبطل البيع : هو غرر الوجود : وهو كل ما كان المبيع فيه محتملاً للوجود والعدم . أما غرر الوصف ففسد للبيع^(٦) ، كما عرفنا في شرائط الصحة .

إذاً : الغرر هو الخطر بمعنى أن وجوده غير متحقق ، فقد يوجد وقد لا يوجد . وبيع الغرر : بيع ما لا يعلم وجوده وعدمه ، أو لا تعلم قلته وكثرته ، أو لا يقدر على تسليمه .

ملاحظات على التعاريف : قصر الظاهرية الغرر على المجهول ، وقصره بعض الحنفية على ما لا يدري حصوله ، وأخرجوا عنه المجهول ، والراجح عند أكثر الفقهاء أن الغرر يشمل ما لا يدري حصوله ، والمجهول^(٧) ، ولذا فإن تعريف السرخسي للغرر هو أرجح التعاريف : وهو ما كان مستور العاقبة .

(١) المهذب : ١ ص ٢٦٢ .

(٢) نهاية السؤل شرح منهاج الأصول : ٢ ص ٨٩ .

(٣) أعلام الموقعين : ٢ ص ٩ ، الفتاوى لابن تيمية : ٣ ص ٢٧٥ .

(٤) المحلى : ٣٩٦٨ / ٨ .

(٥) أصول البيوع المنوعة : ص ١٢٠ .

(٦) المدخل الفقهي العام له : ١ ص ٩٧ ، عقد البيع له أيضاً : حاشية ص ٢٠ .

(٧) راجع رسالة الغرر وأثره في العقود : ص ٣٣ وما بعدها .

حكم بيع الغرر: قال الإمام النووي: النهي عن بيع الغرر أصل من أصول الشرع يدخل تحته مسائل كثيرة جداً. ويستثنى من بيع الغرر أمران:

أحدهما - ما يدخل في المبيع تبعاً، بحيث لو أفرد، لم يصح بيعه كبيع أساس البناء تبعاً للبناء، واللبن في الضرع تبعاً للدابة.

والثاني - ما يتسامح بمثله عادة، إما لحقارته، أو لملشقة في تمييزه أو تعيينه، كدخول الحمام بالأجر، مع اختلاف الناس في الزمان، ومقدار الماء المستعمل، وكالشرب من الماء المحرز، وكالجنة المحشوة قطناً^(١).

وقد اتفق الفقهاء على عدم صحة بيع الغرر، مثل بيع اللبن في الضرع، والصوف على الظهر، واللؤلؤ في الصدف، والحمل في البطن، والسك في الماء، والطير في الهواء قبل صيدهما، وبيع مال الغير على أن يشتريه فيسلمه، أي بيع ماسمكه قبل ملكه له، لأن البائع باع ما ليس بمملوك له في الحال، سواء أكان السمك في البحر، أو في النهر، أو في حظيرة لا يؤخذ منها إلا باصطياد، وسواء أكان الغرر في المبيع أو في الثمن.

ومن البيوع غير الصحيحة بسبب الغرر: بيع المضامين والملايح، وبيع الملامسة والمنابذة والحصاة^(٢)، وبيع ضربة القانص (بأن يقول البائع: بعثك ما يخرج من إلقاء

(١) المجموع: ٩ ص ٢٨٠ وما بعدها، نيل الأوطار: ٥ ص ١٤٨، قواعد الأحكام للعزيز عبد السلام: ٧٦٢.

(٢) سبق شرح المضامين والملايح، وأما بيع الملامسة: فهو مثل بعثك ثوبي هذا على أنك متى لمست، أو إن لمست، أو أي ثوب من هذه الأثواب لمست، فهو لك. وبيع المنابذة مثل: إن أو متى نبذت هذا، أو أي ثوب نبذته لك (أي طرحته) فهو لك بكذا. وبيع الحصاة الذي يشبه بيع اليانصيب اليوم، كأن يقول: ارم بهذه الحصاة، فملى أي ثوب وقعت فهو لك، أو بعثك من هذه الأرض ما انتهت إليه الحصاة في الرمي. ولفظ الغرر يشملها، إلا أنها أفردت في الحديث بالنهي كما سلاحظ، لكونها كانت مما يبتاعها أهل الجاهلية. (سبل السلام: ٣ ص ١٥، غاية المنتهى: ٢ ص ١١) وفسر الحنفية هذه البيوع الثلاثة تفسيراً يشعر بأن اللبس أمارة على لزوم البيع، سواء أكان المشتري عالماً بالمبيع أم جاهلاً به، في حين أن مفهوم بيع الملامسة عند المحدثين هو أن اللبس يقوم مقام نظر السلعة إذا احتاج الأمر إلى ذلك كالثوب، قال المرغيناني: هي أن يتراوض الرجلان على سلعة (أي يتساومان) فإذا لمسها المشتري، أو نبذها إليه البائع، أو وضع المشتري عليها حصاة، لزم المبيع، فالأول بيع الملامسة، والثاني: المنابذة، والثالث: إلقاء الحجر أي بيع الحصاة (راجع فتح القدير: ٥ ص ١٩٦).

هذه الشبكة مرة بكذا) وضربة الغائص (بأن يقول: أغوص غوصة، فما أخرجته من اللآئى، فهو لك بكذا)^(١) فالبيع في الأنواع الخمسة الأخيرة مجهول الذات أو المقدار، وقد ثبت النهي عنها، وهي من بيوع الجاهلية.

ومنها بيع المزبنة: وهو بيع الرطب أو العنب على النخل أو الكرمة بتمر مقطوع، أو زبيب مثل كيله خرساً أي بتقديره خزراً أو تخميناً. وبيع المحاقلة: أي بيع الحنطة في سنبلها بمنطة مثل كيلها خرساً، لأن النبي ﷺ «نهى عن المزبنة والمحاقلة»^(٢) لما في ذلك من الربا لجهالة مقدار المبيع، إذ أنه كما هو معلوم يشترط التماثل حقيقة في الأموال الربوية. لكن للحاجة رخص الشافعية والحنابلة والظاهرية، وفي الراجح عند المالكية بيع العرايا^(٣): وهو عند الشافعية بيع الرطب على النخل خرساً بتمر في الأرض كيلاً، أو بيع العنب على الشجر خرساً بزبيب في الأرض كيلاً، فيما دون خمسة أوسق^(٤) بشرط التقابض في المجلس عند الفقهاء ماعدا المالكية، لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمر بالتمر، ورخص في العرايا^(٥). وأما الحنفية

(١) الصائد بالآلة هو القانص سواء في البر أو البحر. وأما من يغوص في البحر لاستخراج اللآئى مثلاً فهو الغائص

وقد ورد النهي عن ضربة الغائص في حديث أبي سعيد الخدري (نيل الأوطار: ١٤٨/٥).

(٢) أخرجه البخاري ومسلم من حديث جابر بن عبد الله وأبي سعيد الخدري، وأخرجه البخاري أيضاً من حديث ابن عباس، وأنس. وأخرجه مسلم أيضاً من حديث أنس (راجع نصب الراية: ٤ ص ١٢ وما بعدها، نيل الأوطار: ٥ ص ١٩٨ وما بعدها).

(٣) العرايا: جمع عرية، والعرية: النخلة المعراة والتي أكل ما عليها، وهي في الأصل: عطية ثمر النخل دون الرقبة، وقال الجوهري: هي النخلة التي يعربها (أي يعطيها) صاحبها رجلاً محتاجاً بأن يجعل له ثمرها عاماً، من عراه: إذا قصده.

(٤) الوسق: ستون صاعاً بصاع النبي ﷺ والخمسة أوسق تساوي ٢٥٧ رطلاً شامياً أي قنطارين ونصف تقريباً أو ٦٥٢ كغ. وقد قصر الحنابلة والظاهرية بيع العرايا على ثمر النخل دون العنب وأجازته مالك في كل ما يبس ويدخر كالجوز واللوز والتين.

(٥) أخرجه البخاري ومسلم وأحمد من حديث سهل بن أبي حنمة، وأخرجه الشيخان من حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ رخص في بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق (شك من الراوي) وللقصود من بيع الثمر بالتمر أي بيع ثمر النخلة الجديد بالتمر القديم (راجع نصب الراية: ٤ ص ١٣، نيل الأوطار: ٥ ص ٢٠٠).

فقد أجازوا بيع العرايا للضرورة فقط ، وذكر الشوكاني أن أبا حنيفة منع صور بيع العرايا كلها ، وقصر العرية على الهبة : وهي أن يهب صاحب البستان لرجل ثمر نخلات معلومة من بستانه ، ثم يتضرر بدخوله عليه ، فيخرصها ، ويشترى رطبها منه بقدر خرصه بتمر معجل أي بقدر ما وهبه له من الرطب بما يساويه تخميناً من التمر^(١) .

ويلاحظ أن هذه البيوع غير الصحيحة بسبب الغرر ، منها الباطل ، ومنها الفاسد في اصطلاح الحنفية ، فالفساد منها فقط : هو بيع ضربة القانص والغائص والمزبنة والمحاقلة والملامسة والمنازمة وبيع الحصاة ، وبيع ثوب من أثواب ونحوها مما فيه جهالة . وأما ما عداها فهو باطل^(٢) . فبيع الملايح والمضامين وحبل الحبله باطل ، لنهيهِ ﷺ عنه ، ولما فيه من الغرر ، كما بينا في بحث بيع المعدوم .

والدليل على عدم صحة بيع الغرر في الجملة : هو أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصاة ، وعن بيع الغرر . وعن ابن مسعود أن النبي ﷺ قال : « لاتشترؤا السمك في الماء ، فإنه غرر »^(٣) ، ولأنه غير مقدور على تسليمه ، وفيه جهالة فاحشة بحل العقد أو بمقدار المبيع ، ولأنه غير مملوك للبائع محل العقد .

الغرر اليسير : الغرر والجهالة ثلاثة أقسام^(٤) : كثير ممتنع إجماعاً كالطير في الهواء . وقليل جائز إجماعاً كأساس الدار وقطن الجبة . ومتوسط اختلف فيه : هل يلحق بالأول أو الثاني ، فلارتفاعة عن القليل ألحق بالكثير ، ولاخطاطه عن الكثير ، ألحق بالقليل . وقد أجاز الحنفية بيع ما يشتمل على غرر يسير ، كالأشياء التي

(١) نيل الأوطار : ٥ ص ٢٠١ ، مختصر الطحاوي : ص ٧٨ .

(٢) التبس على بعض المؤلفين أن بيع الطير في الهواء والسمك في الماء قبل الاصطياد بيع فاسد عند الحنفية ، والتحقيق أنه باطل ، لأنه بيع شيء غير مملوك في الحال (راجع رد المحتار : ٤ ص ١١١ وما بعدها ، وقارن اللباب شرح الكتاب : ٢ ص ٢٥ ، الغرر وأثره في العقود : ص ٢٤٧) .

(٣) سبق قريباً تحريج هذين الحديثين .

(٤) الفروق : ٢٦٥/٣ .

تحتفي في قشرها كالجوز واللوز والفسق والباقلان^(١) الأخضر، والأرز والسمسم في قشرها الأعلى، والحنطة في سنبلها، والبطيخ والرمان على أن يكون للمشتري خيار الرؤية كما سيأتي بيانه في بحث هذا الخيار.

أما الملكية والحنابلة فقد أجازوا مطلقاً كل ما فيه غرر يسير، أو التي تدعو إليه الضرورة، كهذه الأشياء التي ذكرناها.

وأما الشافعية: فإنهم أجازوا بيع هذه الأشياء في قشرها الأسفل. أما بيعها بقشرها الأعلى فاختلّفوا فيه على رأيين مشهورين في المذهب، رجح النووي والبغوي والشيرازي عدم الصحة. وقال إمام الحرمين والغزالي: الأصح صحته؛ لأن الشافعي رضي الله عنه أمر أن يشتري له الباقلاء الرطب، ولتعارف ذلك في جميع البلدان من غير إنكار^(٢).

ونحن نرجح جواز بيع هذه الأشياء مطلقاً كما رأى المالكية والحنابلة لتعارف الناس هذه البيوع، فإذا وجد فيها عيب أمكن فسخ العقد بمقتضى خيار العيب.

حكم التأمين مع شركات التأمين في الإسلام

التأمين حديث النشأة، فقد ظهر بمعناه الحقيقي في القرن الرابع عشر الميلادي في إيطاليا في صورة التأمين البحري. والتأمين (أو السوكرة) نوعان: تأمين تعاوني

(١) هو القول الأخضر أي ونحوه.

(٢) راجع مذاهب الفقهاء في الغرر: للبسوط: ١٢ ص ١٩٤ وما بعدها، تبين الحقائق: ٤ ص ٤٥ وما بعدها، فتح القدير: ٥ ص ١٠٦، ١٩١ وما بعدها، البدائع: ٥ ص ١٤٧ وما بعدها، ٢٩٤، رد المحتار والدر المختار: ٤ ص ١١١-١١٤، المنتقى على الموطأ: ٥ ص ٤١، بداية المجتهد: ٢ ص ١٥١، ١٥٦، ١٥٨، الشرح الكبير للدردير: ٣ ص ٥٥-٦٠، القوانين الفقهية: ٢٥٦ ص ٢٥٦ وما بعدها، الفروق للقرافي: ١ ص ١٥٠ وما بعدها، مغني المحتاج: ٢ ص ٣١، ٩٠، ٩٣، المهذب: ١ ص ٢٦٣ وما بعدها، المجموع: ٩ ص ٢٨١، ٣٧٤، ٣٣٥، المغني: ٤ ص ٥٦، ٩٢، ٢٠١، تنوير الحوالك شرح الموطأ: ٢ ص ١٢٥ وما بعدها، نيل الأوطار: ٥ ص ١٤٧، ٢٠٠ وما بعدها، سبل السلام: ٣ ص ١٥.

وتأمين بقسط ثابت^(١) .

أما التأمين التعاوني : فهو أن يتفق عدة أشخاص على أن يدفع كل منهم اشتراكاً معيناً ، لتعويض الأضرار التي قد تصيب أحدهم إذا تحقق خطر معين . وهو قليل التطبيق في الحياة العملية .

وأما التأمين بقسط ثابت : فهو أن يلتزم المؤمن له بدفع قسط محدد إلى المؤمن : وهو شركة التأمين المكونة من أفراد مساهمين ، يتعهد (أي المؤمن) بمقتضاه دفع أداء معين عند تحقق خطر معين . وهو النوع السائد الآن . ويدفع العوض إما إلى مستفيد معين أو إلى شخص المؤمن أو إلى ورثته ، فهو عقد معاوضة ملزم للطرفين .

والفرق بين النوعين : أن الذي يتولى التأمين التعاوني ليس هيئة مستقلة عن المؤمن لهم ، ولا يسعى أعضاؤه إلى تحقيق ربح ، وإنما يسعون إلى تخفيف الخسائر التي تلحق بعض الأعضاء . أما التأمين بقسط ثابت فيتولاه المؤمن (أي الشركة المساهمة) الذي يهدف إلى تحقيق ربح ، على حساب المشتركين المؤمن لهم . وكون المؤمن له قد لا يأخذ شيئاً في بعض الأحيان لا يخرج التأمين من عقود المعاوضات ، لأن من طبيعة العقد الاحتمالي ألا يحصل فيه أحد العاقدين على العوض أحياناً .

التأمين التعاوني : لاشك في جواز التأمين التعاوني في الإسلام ، لأنه يدخل في عقود التبرعات ، ومن قبيل التعاون على البر ؛ لأن كل مشترك يدفع اشتراكه بطيب نفس لتخفيف آثار المخاطر وترميم الأضرار التي تصيب أحد المشتركين ، أياً كان نوع الضرر ، سواء في التأمين على الحياة ، أو الحوادث الجسمانية ، أو على الأشياء (بسبب الحريق أو السرقة أو موت الحيوان) أو ضد المسؤولية من حوادث السير ، أو حوادث العمل^(٢) ، ويجوز أيضاً للمؤمن له التأمين الإلزامي كالتأمين المفروض على السيارات ضد الغير ، وتجوز التأمينات الاجتماعية ضد العجز والشيخوخة والمرض والتقاعد .

(١) التأمين في القانون المصري والقارن للدكتور عبد المنعم البدر اوي : ص ٣٦ وما بعدها

(٢) انظر الفرر وأثره في العقود للدكتور الصديق محمد الأمين الضيرير : ص ٥٢١ وما بعدها .

التأمين بقسط ثابت - فتوى ابن عابدين : أفق ابن عابدين بجرمة التأمين البحري^(١) ، لضمان ما قد يهتك من البضائع المستوردة بطريق النقل البحري ، بالمراكب ، فلا يحل للتاجر أخذ بدل الهالك من مال المؤمن لأسباب ثلاثة :

١- إن هذا العقد التزام مالا يلزم ، لعدم وجود سبب شرعي من أسباب الضمان الأربعة وهي العدوان من قتل وهدم وإحراق ونحوها ، وتسبب الإتلاف كحفر بئر بدون ترخيص في الطريق العام ، ووضع اليد غير المؤتنة كالغصب والسرقة وبقاء المبيع في يد البائع ، والكفالة . وليس المؤمن متعدياً ، ولا متسبباً في الإتلاف ، ولا واضع يد على المؤمن عليه ، وليس في التأمين مكفول معين .

٢- ليس التأمين من قبيل تضمين الوديع إذا أخذ أجراً على الوديعة إذا هلكت ؛ لأن المال ليس في يد المؤمن ، بل في يد صاحب المركب ، ولو كان صاحب المركب هو المؤمن ، فإنه يكون أجيراً مشتركاً ، لا وديعاً ، وكل من الوديع والأجير المشترك لا يضمن مالا يمكن الاحتراز عنه ، كالموت والغرق والحرق الغالب .

٣- ليس التأمين من قبيل تضمين التفرير : لأن الغار لا بد من أن يكون عالماً بالخطر ، وأن يكون المغرور جاهلاً به غير عالم . والمؤمن (شركة التأمين أو الضمان) لا يقصد تفرير التجار (المؤمن لهم) ، ولا يعلم بمحصول الخطر - الغرق مثلاً ، هل يكون أم لا ، أي لا يعلم : هل تفرق المركب أم لا ؟

أما في حال العلم بالخطر من المؤمن والتاجر كالخطر من اللصوص وقطاع الطرق ، فيجوز الضمان ، ولكن ليس التأمين منطبقاً عليها . فلو قال شخص لآخر : اسلك هذا الطريق ، فإن كان مخوفاً وأخذ مالك ، فأنا ضامن : ضمن .

وأضاف ابن عابدين : أنه إن جرى عقد التأمين الفاسد في بلاد الحرب بين المؤمن

(١) رد المحتار : ٢٧٢/٣ وما بعدها - فصل في استئمان الكافر الحربي .

وشريك حربي غير مسلم للمؤمن له ، أو بين التاجر المؤمن له الموجود في دار الحرب وبين المؤمن ، وأخذ بدل الهالك ، وأرسله في الحالة الأولى إلى التاجر المسلم ، أو قبض التاجر البديل في بلادنا في الحالة الثانية ، فالظاهر أنه يحل للتاجر أخذه ؛ لأن العقد الفاسد جرى بين حربيين في بلاد الحرب ، وقد وصل إلى التاجر ما لهم برضاه ، فلا مانع من أخذه . أما إن كان العقد في بلادنا ، والقبض في بلاد الحرب ، فلا يحل أخذ البديل ، ولو برضا الحربي ، لانبئائه على العقد الفاسد الصادر في بلاد الإسلام .

ولا يصح اعتبار التأمين من قبيل شركة المضاربة التي هي مال من طرف وعمل من طرف آخر ، لسببين : أولهما - أن الأقساط التي يدفعها المؤمن له تدخل في ملك شركة التأمين (المؤمن) ، وهي مطلقة اليد في أن تتصرف بها كيفما تشاء . ويخسرهما المؤمن له إن لم يقع الحادث .

ثانيهما - أن شرط صحة المضاربة أن يكون الربح بين صاحب المال والقائم بالعمل شائعاً بالنسبة كالربح أو الثلث ، وفي التأمين يشترط للمشارك المؤمن له قدر معين في الربح ٣٪ أو ٤٪ فتكون هذه المضاربة غير صحيحة . ولو تجاوز العاقد هذا السبب ، يظل السبب الأول ، كما أنه في حال موت المؤمن له قد لا يذهب المبلغ المؤمن عليه للورثة مطلقاً وإنما للمستفيد ، بخلاف حال موت رب المال في المضاربة .

ولا يصح اعتبار التأمين من قبيل الضمان أو الكفالة ، لأنه ليس واحداً من أسباب الضمان الأربعة المشروعة المتقدمة ، كما أنه في كثير من صور عقد التأمين لا يوجد فيه ما يمكن أن يعتبر مكفولاً ، وإن وجد المكفول كما في التأمين من حوادث السيارات ، فهو مجهول .

والحقيقة أن عقد التأمين من عقود الغرر - العقود الاحتمالية المترددة بين وجود المعقود عليه وعدمه ، وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع الغرر . ويقاس عليه عقود المعاوضات المالية ، فيؤثر الغرر فيها كما يؤثر في عقد البيع .

وعقد التأمين مع الشركات من عقود المعاوضات المالية ، فيؤثر فيه الغرر ، كما يؤثر في سائر عقود المعاوضات المالية . وقد وضعه رجال القانون تحت عنوان «عقود الغرر» ؛ لأن التأمين لا يكون إلا من حادث مستقبل غير محقق الوقوع ، أو غير معروف وقوعه ، فالغرر عنصر لازم لعقد التأمين .

والغرر في التأمين كثير ، لايسير ، ولا متوسط ، لأن من أركان التأمين : «الخطر» والخطر هو حادث محتمل لايتوقف على إرادة العاقدين^(١) .

والحاجة التي من أجلها يجوز العقد المشتمل على الغرر ولو كان كثيراً : (وهي أن يصل المرء إلى حالة بحيث لو لم يتناول المنوع يكون في جهد ومشقة ، ولكنه لا يهلك^(٢)) يشترط فيها أن تكون عامة ، أو خاصة ، وأن تكون متعينة .

والحاجة العامة : هي ما يكون الاحتياج فيها شاملاً لجميع الناس . والحاجة الخاصة : هي ما يكون الاحتياج فيها خاصاً بطائفة من الناس كأهل بلد ، أو حرفة . ومعنى كون الحاجة متعينة : أن تسد جميع الطرق المشروعة للوصول للغرض ، سوى ذلك العقد الذي فيه الغرر .

ولو سلمنا بوجود حاجة عامة للتأمين في الوقت الحاضر ، فإن الحاجة إليه غير متعينة ، إذ يمكن تحقيق الهدف منه بطريق التأمين التعاوني القائم على التبرع ، وإلغاء الوسيط المستغل لحاجة الناس الذي يسعى إلى الربح ، وهو شركة الضمان . فيكون التأمين عقد معاوضة مشتملاً على غرر كثير من غير حاجة ، فيمنع في الإسلام .

وبناء عليه لايجل للتاجر وغيره من المؤمنين أخذ بدل الهالك من مال السوكرة ؛ لأنه مال لايلزم من التزم به ، ولأن اشتراط الضمان على الأمين باطل .

(١) انظر الغرر وأثره في العقود للدكتور الصديق محمد الأمين الضريب : ص ٦٥٦ ، ٦٦١ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي : ص ٧٧ ، القاعدة الرابعة .

٤ - بيع النجس والمنتجس :

قال الحنفية : لا ينعقد بيع الخمر والخنزير والميتة والدم : لأنها ليست بمال أصلاً .
ويكره بيع العذرة ، ولا بأس ببيع السرقين أو السرجين : وهو (الزبل) وبيع البعر ،
لأنه منتفع به ، لأنه يلقى في الأرض لاستكثار الريع ، فكان مالاً ، والمال محل للبيع
بخلاف العذرة ، لأنه لا ينتفع بها إلا مخلوطة ويجوز بيع المخلوط كالزيت الذي
خالطته النجاسة .

ويصح عندهم بيع كل ذي ناب من السباع ، كالكلب والفهد والأسد والنمر
والذئب والهر ونحوها : لأن الكلب ونحوه مال ، بدليل أنه منتفع به حقيقة ، مباح
الانتفاع به شرعاً على الإطلاق كالحراسة والاصطياد ، فكان مالاً . ويصح بيع
الحشرات والهوام كالحيات والعقارب إذا كان ينتفع به .

ويصح بيع المنتجس والانتفاع به في غير الأكل كالديغ والدهان والاستضاءة به
في غير المسجد ، ما عدا دهن الميتة ، فإنه لا يحل الانتفاع به .

والضابط عندهم : أن كل ما فيه منفعة تحل شرعاً ، فإن بيعه يجوز^(١) ، لأن الأعيان
خلقت لمنفعة الإنسان بدليل قوله تعالى : ﴿ خلق لكم ما في الأرض جميعاً ﴾ .

وقال المالكية : لا ينعقد بيع الخمر والخنزير والميتة لحديث جابر ، قال : قال
رسول الله ﷺ : « إن الله ورسوله حرما بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ، ف قيل :
يا رسول الله ، أ رأيت شحوم الميتة ، فإنه يطلى بها السفن ، وتدهن بها الجلود ،
ويستصبح بها الناس ؟ فقال : لا ، هو حرام ، ثم قال رسول الله ﷺ : قاتل الله اليهود
إن الله تعالى لما حرم عليهم شحومها جملوه - أذابوه - ثم باعوه فأكلوا ثمنه »^(٢) وقال في

(١) البدائع : ٥ ص ١٤٢ وما بعدها ، فتح القدير : ٥ ص ١٨٨ ، ٨ ص ١٢٢ ، الفقه على المذاهب الأربعة : ٢ ص
٢٣١ وما بعدها .

(٢) رواه أصحاب الكتب الستة وأحمد والموطأ عن جابر بن عبد الله (انظر جامع الأصول : ١ ص ٢٧٥ ، سبل
السلام : ٣ ص ٥) .

الخمر: « إن الذي حرم شربها حرم بيعها »^(١) .

ولا ينعقد بيع الكلب مع كونه طاهراً ، سواء أكان كلب صيد أم حراسة ، لأنه نهى عن بيعه ، ففي الحديث : « نهى النبي ﷺ عن ثمن الكلب ، ومهر البغي ، وحلوان الكاهن »^(٢) . وقال سحنون : أبيعته وأحج بئمه .

ولا ينعقد بيع المتنجس الذي لا يمكن تطهيره ، كزيت وعسل وسمن وقعت فيه نجاسة . أما المتنجس الذي يمكن تطهيره ، كثوب ، فإنه يجوز بيعه .

ولا ينعقد أيضاً بيع ما نجاسته أصلية كزبل ما لا يؤكل لحمه ، وكعذرة وعظم ميتة ، وجلدها ، ويصح بيع روث البقر وبعر الغنم والإبل ونحوها للحاجة إليها لتسميد الأرض وغيره من ضروب الانتفاع^(٣) .

وقال الشافعية والحنابلة : لا يجوز بيع الخنزير والميتة والدم والخمر ، وما أشبه ذلك من النجاسات ، لقول الرسول ﷺ : « إن الله ورسوله حرم^(٤) بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام » ولأنه يجب اجتناب النجس وعدم الاقتراب ، والبيع وسيلة إلى الاقتراب^(٥) .

ولا يجوز بيع الكلب ولو كان معلماً للنهي الوارد فيه في الحديث السابق : « نهى النبي ﷺ عن ثمن الكلب .. » .

(١) رواه مسلم والموطأ والنسائي عن عبد الرحمن بن علة رحمه الله أن ابن عباس روى له هذا الحديث (انظر جامع الأصول : ١ ص ٢٧٧) .

(٢) رواه أصحاب الكتب الستة وأحمد عن أبي مسعود الأنصاري - عقبه بن عمرو (انظر نيل الأوطار : ٥ ص ١٤٢ ، نصب الراية : ٤ ص ٥٢) .

(٣) حاشية الدسوقي : ٣ ص ١٠ وما بعدها ، الخطاب على متن خليل : ٤ ص ٢٥٨ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢ ص ١٢٥ وما بعدها ، القوائين الفقهية : ص ٢٤٦ .

(٤) رواية الصحيحين هكذا بإفراد الضير ، وفي بعض الطرق « إن الله حرم » وفي رواية سبق ذكرها « إن الله ورسوله حرما » .

(٥) وهناك طريقة عند الشافعية لمبادلة النجاسات المنتفع بها وهي طريقة « رفع اليد » بأن يقول البائع : رفعت يدي عن هذا الشيء بكذا .

ولا يصح بيع ما لا منفعة فيه كالحشرات وسباع البهائم التي لا تصلح للاصطياد، كالأسد والذئب، والطيور التي لا تؤكل، ولا تصطاد، كالرخصة والحدأة والغراب؛ لأن ما لا منفعة فيه لا قيمة له، فأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل، وبذل العوض فيه من السفه.

ولا يجوز بيع المتنجس الذي لا يمكن تطهيره من النجاسة كالخل والدبس، ولكن يصح بيع المتنجس الذي يمكن تطهيره كالثوب ونحوه.

ولا يجوز بيع السرجين ونحوه من النجاسات^(١)، إلا أن الحنابلة أجازوا بيع السرجين الطاهر كروث الحمام وكل ما يؤكل لحمه.

والخلاصة: أن فقهاء الحنفية والظاهرية يميزون بيع النجاسات للانتفاع بها إلا ما ورد النهي عن بيعه منها؛ لأن جواز البيع يتبع الانتفاع، فكل ما كان منتفعاً به جاز بيعه عندهم. وأما فقهاء المالكية والشافعية والمشهور عند الحنابلة: فلا يميزون بين النجاسات؛ لأن جواز البيع يتبع الطهارة، فكل ما كان طاهراً أي مالاً يباح الانتفاع به شرعاً يجوز بيعه عندهم.

٥- بيع العربون :

في العربون ست لغات أفصحها فتح العين والراء، وضم العين وإسكان الراء. وعربان بالضم والإسكان، وهو أعجمي معرب، وأصله في اللغة: التسليف والتقديم.

وبيع العربون: هو أن يشتري الرجل شيئاً، فيدفع إلى البائع من ثمن المبيع درهماً، أو غيره مثلاً، على أنه إن نفذ البيع بينها احتسب المدفوع من الثمن، وإن لم ينفذ، يجعل هبة من المشتري للبائع^(٢). فهو بيع يثبت فيه الخيار للمشتري: إن أمضى

(١) المهذب: ١ ص ٢٦١، مغني المحتاج: ٢ ص ١١، المغني: ٤ ص ٢٥١، وما بعدها، غاية المنتهى: ٢ ص ٦ وما بعدها، أصول البيوع المنوعة: ص ٤١.

(٢) يلاحظ أن هذا البيع وإن كان فاسداً بحسب قواعد الحنفية، لأن الفساد يرجع للثمن، إلا أنا ذكرناه في أنواع البيع الباطل، لأن الغالب بقاءه على الفساد فيصبح باطلاً، ولأن فيه غرراً.

البيع كان العربون جزءاً من الثمن ، وإن رد البيع فقد العربون ، ومدة الخيار غير محددة بزمن ، وأما البائع فإن البيع لازم له .

وقال بعض الحنابلة^(١) : لا بد أن تقيد فترة الانتظار بزمن محدد وإلا فيلحق متى ينتظر البائع ؟

وقد اختلف فيه العلماء ، فقال الجمهور : إنه بيع ممنوع غير صحيح ، فاسد عند الحنفية ، باطل عند غيرهم ؛ لأن النبي ﷺ نهى عن بيع العربان^(٢) ولأنه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض ، ولأن فيه شرطين فاسدين : أحدهما - شرط الهبة ، والثاني - شرط الرد على تقدير ألا يرضى ، ولأنه شرط للبائع شيئاً بغير عوض ، فلم يصح ، كما لو شرطه لأجنبي ، ولأنه بمنزلة الخيار المجهول ، فإنه اشترط أن يكون له رد المبيع من غير ذكر مدة ، فلم يصح ، كما لو قال : ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهماً . وهذا هو مقتضى القياس^(٣) .

وقال أحمد بن حنبل : لا بأس به ودليله ما أخرجه عبد الرزاق في مصنفه من حديث زيد بن أسلم أنه « سئل رسول الله ﷺ عن العربان في البيع فأحله »^(٤) وما روي فيه عن نافع بن عبد الحارث : « أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف درهم ، فإن رضي عمر ، كان البيع نافذاً ، وإن لم يرض فلصفوان أربعمئة

(١) غاية المنتهي : ٢ ص ٢٦ .

(٢) هذا حديث منقطع رواه أحمد والنسائي وأبو داود وهو لمالك في الموطأ ، وفيه راو لم يسم ، وسمي في رواية ، فإذا هو ضعيف ، وفيه طرق لا تخلو عن مقال ، وهو مروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، وفسر الإمام مالك بيع العربان ، فقال : « هو أن يشتري الرجل العبد أو الأمة أو يكتري ، ثم يقول للذي اشترى منه أو اكترى منه : أعطيتك ديناراً أو درهماً على أني إن أخذت السلعة فهو من ثمنها وإلا فهو لك » (انظر سبل السلام : ٣ ص ١٧ ، نيل الأوطار : ٥ ص ١٥٢ ، الموطأ : ٢ ص ١٥١) .

(٣) بداية المجتهد : ٢ ص ١٦١ ، الشرح الكبير للدردير : ٢ ص ٦٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٥٨ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٢٩ ، نيل الأوطار : ٥ ص ١٥٢ ، المنتقى على الموطأ : ٤ ص ١٥٧ ، شرح المجموع للإمام النووي : ٩ ص ٣٦٨ .

(٤) حديث مرسل وفي اسناده إبراهيم بن أبي يحيى وهو ضعيف (نيل الأوطار ، المكان السابق) .

درهم». وضعف أحمد الحديث المروي في بيع العربان ، وقد أصبحت طريقة البيع بالعربون في عصرنا الحاضر أساساً للارتباط في التعامل التجاري الذي يتضمن التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطل والانتظار^(١).

وفي تقديري أنه يصح ويحل بيع العربون وأخذه عملاً بالعرف ؛ لأن الأحاديث الواردة في شأنه عند الفريقين لم تصح .

٦- بيع الماء :

عرفنا سابقاً أنه يشترط في المعقود عليه كونه مالاً محرراً أي مملوكاً لواحد من الناس ، فلا ينعقد بيع شيء غير محرز كالماء والهواء والتراب ، فما هو المقصود بالماء ، وما هي مذاهب العلماء في تملكه وبيعه ؟
قال الحنفية : المياه أربعة أنواع^(٢) :

الأول - ماء البحار : وهو مشاع لجميع الناس ، ولكل إنسان حق الانتفاع به على أي وجه شاء كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء ، فله أن ينتفع به لحوائجه الخاصة ولسقاية أراضيه أي أن له ما يسمى بحق الشفة وحق الشرب^(٣) أو سقي الأراضي الزراعية والأشجار .

الثاني - ماء الأودية العظام ، مثل أنهار دجلة والفرات والنيل وبردى والعاصي وسيحون وجيحون ونحوها من الأنهار العامة . وللناس فيها حق الشفة مطلقاً ، وحق سقي الأراضي إن لم يضر السقي بمصلحة الجماعة ، فإن أضر بهم فلا يجوز السقي ؛ لأن

(١) المغني : ٤ ص ٢٢٢ ، انظر مصادر الحق للسنهوري : ٢ ص ٩٦ وما بعدها ، المدخل الفقهي للأستاذ مصطفى

الزرقاء : ف ٢٣٤ . وكذلك صحح الحنابلة الإجارة بالعربون (راجع غاية المنتهى : ٢ ص ٢٦) .

(٢) راجع تكملة فتح القدير والهداية : ٨ ص ١٤٤ ، رد المحتار على الدر المختار : ٥ ص ٣١١ .

(٣) الشفة - بفتحتين : وحق الشفة : هو الشرب بالشفاه بأن يتناول الإنسان بضمه ما شاء منه ، ويسقي بهائه

لدفع العطش ، ويغسل به حوائجه ونحو ذلك . والشرب بكسر الشين : هو لفة النصب من الماء ، وشرعاً :

نوبة الانتفاع بالماء (أي وقته وزمنه) لسقي الزراعة والدواب .