

الفقه الإسلامي وأدلته

السائل للأدلة الشرعية والآراء المنهجية 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

الجزء الخامس

تمت العقود، الملكية وتوابعها

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 - برقيماً : فكر - تلكس Sy 411745 FKR Tx

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

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وقفه
مكتبة
مفتي
مفتي

الفقه الإسلامي والأئمة

وقفہ اسلامی
مکتبہ اسلامیہ

الفصل السادس

الهبة

خطة الموضوع :

بيان الهبة في المباحث الستة الآتية :

المبحث الأول - تعريف الهبة ومشروعيتها .

المبحث الثاني - ركن الهبة .

المبحث الثالث - شروط الهبة .

المبحث الرابع - حكم الهبة .

المبحث الخامس - موانع الرجوع في الهبة .

المبحث السادس - عطية الأبناء .

المبحث الأول - تعريف الهبة ومشروعيتها :

الهبة تشمل الهدية والصدقة ؛ لأن الهبة والصدقة والهدية والعطية معانيها متقاربة ، فإن قصد منها طلب التقرب إلى الله تعالى بإعطاء محتاج ، فهي صدقة ، وإن حملت إلى مكان المهدي إليه ، إعظماً له وتودداً ، فهي هدية ، وإلا فهي هبة .
والعطية : الهبة في مرض الموت . والهبة في الاصطلاح الشرعي : عقد يفيد التملك بلا عوض حال الحياة تطوعاً^(١) ، وعرفها الخنابلة^(٢) بأنها : تملك جائز التصرف مالاً

(١) مغني المحتاج : ٢ / ٢٩٦ ، المغني : ٥ / ٥٩١ ، فتح القدير : ٧ / ١١٣ حاشية ابن عابدين : ٤ / ٥٣٠ .

(٢) غاية المنتهى : ٢ / ٣٢٨ ، كشاف القناع : ٤ / ٣٢٩ .

معلوماً أو مجهولاً تعذر علمه^(١)، موجوداً، مقدوراً على تسليمه، غير واجب، في الحياة، بلا عوض، بما يعد هبة عرفاً^(٢) من لفظ هبة وتمليك ونحوهما. والقيود احتراز عن العارية، ونحو كلب، وحمل، ونفقة زوجة، ووصية، ونحو بيع. فكلمة تمليك لإخراج العارية، والمال لإخراج ما ليس بمال كالكلاب، والمقدور على تسليمه لإخراج الحمل، وغير الواجب لإخراج الديون والنفقات، وفي الحياة لإخراج الوصية، وبلا عوض لإخراج عقود المعاوضات.

والهبة مشروعة مندوب إليها لقوله تعالى: ﴿فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً﴾.

وقوله سبحانه: ﴿وَأْتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ...﴾ الآية. ولقوله ﷺ: «تهادوا تحابوا»^(٣)، وقوله عليه السلام: «لا تحقرن جارة أن تهدي لجاتها ولو فرسن شاة»^(٤): أي ظلفها، وهو في الأصل خف البعير، فاستعير للشاة، وقوله أيضاً: «العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه»^(٥).

(١) بأن اختلط مال اثنين على وجه لا يتميز، فوهب أحدهما الآخر ماله.

(٢) قوله بما يعد هبة: متعلق بتمليك، والباء للسببية.

(٣) أخرجه أصحاب الكتب المشهورة عن أبي هريرة وعبد الله بن عمرو، وعبد الله بن عمر، وعائشة، وروي مرسلًا، فحديث أبي هريرة رواه البخاري في الأدب المفرد وأبو يعلى والنسائي والبيهقي وابن عدي، وقال ابن حجر: «إسناده حسن» وذلك لكثرة شواهد. وإن كان في كل رواته مقال. وحديث ابن عمرو رواه الحاكم. وحديث ابن عمر رواه ابن القاسم الأصبهاني، وحديث عائشة رواه الطبراني في الأوسط. وأما الحديث المرسل: فرواه مالك في الموطأ عن عطاء الخرساني (راجع نصب الراية: ٤/١٢٠، سبل البلام: ٢/٩٢، نيل الأوطار: ٥/٣٤٧، التلخيص الحبير: ص ٢٥٩).

(٤) رواه الشيخان والترمذي عن أبي هريرة (راجع جامع الأصول: ١٢/٢٦٢، التلخيص الحبير: ص ٢٥٩، سبل السلام: ٢/٩٣).

(٥) أخرجه أصحاب الكتب الستة عن ابن عباس ولفظه: «ليس لنا مثل السوء: الذي يعود في هبته كالكلب يقيء، ثم يعود في قيئه» وفي رواية: «كالكلب يقيء، ثم يعود فيه فيأكله» وفي رواية أبي داود: «العائد في هبته كالعائد في قيئه» قال قتادة: «ولا نعم القيء إلا حراماً» (راجع جامع الأصول: ١٢/٢٦٥، نصب الراية: ٤/١٢٦).

وانعقد الإجماع على استحباب الهبة بجميع أنواعها ، قال الله تعالى : ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ﴾ . وهي للأقارب أفضل ؛ لأن فيها صلة الرحم ^(١) .

واتفق الأئمة على أن الهبة تصح بالإيجاب والقبول والقبض ، وأجمعوا على أن الوفاء بالوعد في الخير مطلوب ، وعلى أن تخصيص بعض الأولاد بالهبة مكروه ، وكذا تفضيل بعضهم على بعض ^(٢) .

المبحث الثاني - ركن الهبة :

ركن الهبة عند الحنفية : هو الإيجاب والقبول قياساً ؛ لأنه عقد كالبيع ، وكذا القبض ركن كما في المبسوط ؛ لأنه لا بد منه لثبوت الملك ، بخلاف البيع . واستحساناً عند الكاساني وبعض الحنفية : ليس القبول من الموهوب له ركناً ، وإنما الركن فقط هو الإيجاب من الواهب ؛ لأن الهبة في اللغة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شرط القبول ، وإنما القبول لثبوت حكمها أي الأثر المترتب عليها ، وهو نقل الملكية . وفائدة الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان ، فوهبه منه ، فلم يقبل : يحنث استحساناً ، ولا يحنث قياساً ، وأكثر شراح الحنفية ^(٣) على أن الهبة تتم بالإيجاب وحده في حق الواهب ، وبالإيجاب والقبول في حق الموهوب له ؛ لأن الهبة عقد تبرع ، فيتم بالتبرع كالإقرار والوصية ، لكن لا يملكه الموهوب له إلا بالقبول والقبض ، لكن نصت المادة ٨٣٧ من المجلة على أنه « تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول ، وتم بالقبض » . وأركان الهبة عند الجمهور ^(٤) أربعة : هي الواهب ، والموهوب له ، والموهوب ، والصيغة .

(١) المبسوط : ٤٧/١٢ وما بعدها ، والمراجع السابقة قبل تخريج هذه الأحاديث .

(٢) الميزان للشعراني : ٩٩/٢ ، فتح القدير ، المرجع السابق .

(٣) المبسوط : ٥٧/١٢ ، البدائع : ١١٥/٦ ، العناية على تكللة فتح القدير معها : ١١٣/٧ وما بعدها ، حاشية ابن

عابدين : ٥٣١/٤ ، تكللة ابن عابدين : ٣٢٩/٢ .

(٤) القوانين الفقهية : ص ٣٦٦ ، الدسوقي : ٩٧/٤ وما بعدها .

أما الواهب : فهو المالك إذا كان صحيحاً مالكاً أمر نفسه . فإن وهب المريض ثم مات ، كانت هبته في ثلث تركته عند الجمهور . وأما الموهوب له : فهو كل إنسان ويجوز أن يهب الإنسان ماله كله لأجنبي اتفاقاً . وأما هبة جميع ماله لبعض ولده دون بعض أو تفضيل بعضهم على بعض في الهبة ، فمكروه عند الجمهور ، وإن وقع جاز .

وأما الموهوب : فكل مملوك .

وأما الصيغة : فكل ما يقتضي الإيجاب والقبول من قول أو فعل كلفظ الهدية والهبة والعطية والنحلة ، وشبه ذلك .

والإيجاب : إما صريح ، مثل : أن يقول الواهب : وهبت هذا الشيء لك ، أو ما يجري مجرى الصريح كقوله ، ملكته منك ، أو جعلته لك أو هو لك ، أو أعطيته ، أو نخلته ، أو أهديته إليك ، أو أطعمتك هذا الطعام ، أو حملتك على هذه الدابة ، ونوى به الهبة ؛ لأن تملك العين للحال أو جعلها له من غير عوض هو معنى الهبة ، ولأن بقية الألفاظ تفيد التملك في الحال في عرف الناس أو في استعمالهم .

هذا في الإيجاب المطلق ، أما إذا كان مقروناً بقريضة فهي لا تخلو إما أن تكون القريضة وقتاً ، أو شرطاً ، أو منفعة^(١) .

مثال الإيجاب المقترن بقريضة الوقت (العمرى) : أن يقول : « أعمرتك هذه الدار ، أو جعلت هذه الدار لك عمري^(٢) ، أو عمرك ، أو حياتك أو حياتي ، فإذا مت أنا فهي رد على ورثتي » فهذا كله هبة ، وهي للمعمر له في حياته ، ولورثته بعد

(١) راجع التفصيل في البدائع : ١١٦/٦ وما بعدها .

(٢) العمرى : ما يجعل للإنسان طول عمره ، وإذا مات ترد عليه ، بأن يقول الرجل : أعمرتك داري هذه أو عمري ، أو مدة حياتك أو ما حييت . فالعمرى نوع من الهبة ، مأخوذة من العمر ، كذا كانوا يفعلونه في الجاهلية ، فأبطل الشرع ذلك .

وفاته ، لصحة التملك ، والتوقيت باطل ، لقوله عليه الصلاة والسلام : «أمسكوا عليكم أموالكم ، لا تعمروها ، فإن من أعر شيئاً ، فإنه لمن أعره»^(١) أي المعمر له أو المهوب له ؛ ولأن الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد بخلاف عقود المعاوضات المالية ، ومنها البيع فإنها أي المعاوضات تفسد بالشرط الفاسد للنهي عن بيع وشرط .

ومثال الإيجاب المقترن بشرط (الرقبي) : أن يقول : « هذه الدار لك

رقبي^(٢) أو حبيسة » فهي عارية في يده ، ويأخذها منه متى شاء عند أبي حنيفة ومحمد ، واستدلاً بما روي عن الرسول ﷺ أنه أجاز العمرى وأبطل الرقبي^(٣) ، ولأن قوله ذلك تعليق للتملك بأمر على خطر الوجود وخطر العدم ، والتملك لا تحتمل التعليق بالخطر الاحتمالي المتردد بين الوجود وعدم الوجود فلم تصح هبة ، وصحت عارية ؛ لأنه دفع الدار إليه ، وأطلق له الانتفاع به ، وهذا معنى العارية .

وقال أبو يوسف والشافعية والحنابلة^(٤) : إذا قبضها فهي هبة ، وقوله : « رقبى ،

وحبيسة » باطل : ودليلهم ما روي عن الرسول ﷺ أنه أجاز العمرى والرقبي^(٥) ،

(١) أخرجه البخاري ومسلم والموطأ وأحمد وأصحاب السنن الأربعة بألفاظ مختلفة عن جابر بن عبد الله ، منها : ما اتفق عليه الشيخان بلفظ : « العمرى لمن وهبت له » ومنها : ما رواه مسلم وأحمد بلفظ : « أمسكوا عليكم أموالكم ولا تسدوها ، فإنه من أعر عمرى فهي للذي أعرها حياً وميتاً ، ولعقبه » .

(راجع جامع الأصول : ١١٢/٩ ، نيل الأوطار : ١٣/٦ ، سبل السلام : ٩٣/٣) .

(٢) الرقبي : أن يقول : « إن مت أنا قبلك فهو لك ، وإن مت أنت قبلي فهو لي » سميت بذلك ، لأن كلاً منهما يترقب ، وينتظر موت الآخر قبل موته .

(٣) قال الزيلعي عن هذا الحديث : غريب (راجع نصب الراية : ١٢٨/٤) .

(٤) المغني : ٦٢٤/٥ ، تحفة الطلاب : ص ١٧٢ .

(٥) هذا الحديث ثابت في رواية عن جابر في الحديث السابق الذي خرجناه بلفظ : « العمرى جائزة لأهلها ، والرقبي جائزة لأهلها » ويؤيد ذلك أحاديث منها : ما روي عن ابن عمر مرفوعاً عند النسائي وابن ماجه : « لا عمرى ولا رقبى ، فن أعر شيئاً ، أو أرقبه ، فهو له حياته ومماته » ومنها : ما أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه وأحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه عن زيد بن ثابت بلفظ : « من أعر شيئاً فهو لمعمره حياته ومماته ، ولا ترقبوا ، فن أرقب شيئاً فهو سبيله » ومنها : ما روي النسائي عن ابن عباس ، وما روي الترمذي عن سمرة بن جندب ، وغير ذلك (راجع جامع الأصول : ١١١/٩ - ١١٥ ، نصب الراية : ١٢٨/٤ ، نيل الأوطار : ١٢/٦ وما بعدها ، سبل السلام : ٩١/٣ ، التلخيص الحبير : ص ٢٦٠) .

ولأن قوله : « داري لك » تملك العين ، لا تملك المنفعة ، وقياساً على قوله : « هي عمرى » .

أما الملكية^(١) فقد أجازوا العمرى وأبطلوا الرقي كالحنفية ، وعرفوا العمرى بأنها تملك منفعة عقار أو غيره لشخص بغير عوض مدة حياته . فإذا مات المتمر له رجع الشيء المتمر لمن أعمره له ، إن كان حياً ، ولورثته إن كان ميتاً .

وأما الرقي : فهي اتفاق اثنين على أن من مات منها قبل الآخر يكون ماله للآخر الحي .

والخلاصة : أجاز أكثر العلماء العمرى والرقي ، على أنها نوعان من الهبة يفتقران إلى الإيجاب والقبول والقبض ونحوه . ومنع الحنفية والمالكية الرقي وأجازوا العمرى .

ومثال الإيجاب المقترن بالمنفعة (المنحة) : أن يقول : « هذه الدار لك سكنى » ، أو « هذه الشاة ، أو هذه الأرض لك منحة » فهي عارية باتفاق الحنفية^(٢) ؛ لأنه لما ذكر « السكنى » دل على أنه أراد تملك المنافع ، ولأن المنحة عبارة عن بذل المنافع ، فإذا أضاف ذلك إلى عين ينتفع بها مع بقائها ، عمل بحقيقته .

أما إذا أضاف إلى شيء لا ينتفع به إلا باستهلاكه ، كما إذا منحه طعاماً ، أو لبناً ، فإنه يكون هبة ؛ لأنه لا منفعة له مع قيام عينه .

وبناء على هذه التفرقة قالوا : إن عارية الأعيان تملك المنافع ، وعارية المكيل والموزون ومنها الدراهم والدنانير قرض ، ويكون تملك العين^(٣) ، فالعارية : هي عارية استعمال . والقرض : هو عارية استهلاك .

(١) الشرح الكبير مع الدسوقي : ٩٧/٤ وما بعدها .

(٢) هذا في استعمال الماضين ، وفي عصرنا يراد بالمنحة الهبة تماماً .

(٣) البدائع : ٢١٥/٦ .

وكذا لو قال : « هذه الدار لك سكنى عمرى ، أو عمرى سكنى » فهي عارية ، لأنه لما ذكر السكنى دل على أنه أراد تملك المنافع ، ولأن قوله : « سكنى » موضوع للمنفعة لا تستعمل إلا لها . وكلمة « عمرى » صفة أو نعت وهي قيد في الموصوف قبلها ، فدل على أنها عارية .

وكذا إذا قال : « هبة سكنى ، أو سكنى هبة » فهي عارية ، لأنه لما ذكر « سكنى » بعد ذكر « الهبة » كان تفسيراً للهبة ، لأن الهبة تحتمل هبة العين ، وهبة المنافع ، فإذا قال : « سكنى » فقد عيّن هبة المنافع ^(١) ؛ لأن هذه الكلمة نعت أو صفة لما تقدمها ، والصفة قيد في الموصوف .

وإن قال : « هذه الدار لك عمرى تسكنها ، أو صدقة تسكنها » فهي هبة وصدقة ، لأن في هذا المثال لم يفسر الهبة عن طريق النعت ، وإنما وهب الدار منه ، ثم أشار عليه فيما يعمل بملكه ، والمشورة في ملك الغير باطلة ، فيكون شرطاً فاسداً ، والهبة لا تبطل بالشرط الفاسد ^(٢) ، فتعلقت الهبة بالعين . وأما قوله « تسكنها » فهو بمنزلة قوله « لتسكنها » كما إذا قال : « وهبتها لك لتؤجرها » .

ولو قال : « هي لك هبة تسكنها » كانت هبة أيضاً ، كما في المثال السابق ^(٣) .

المبحث الثالث - شروط الهبة :

هناك شروط في الواهب ، وشروط في الموهوب . وقد ذكر الحنابلة ^(٤) أحد عشر شرطاً في الهبة وهي : كونها من جائز التصرف ، مختار جاداً ، بمال يصح بيعه ، بلا

(١) المرجع السابق : ١١٨/٥ ، فتح القدير : ١٢٠/٧ .

(٢) هذا بخلاف البيع فإنه يفسد بالشرط الفاسد ، للنهي الوارد فيه ، ولا نهي في الهبة ، وإنما على العكس ورد فيها ما يدل على عدم فسادها بالشرط الفاسد ، لأنه عليه السلام أجاز العمرى ، وأبطل شرط المعمر (انظر البدائع : ١١٧/٦ ، حاشية ابن عابدين : ٥٢٢/٤) .

(٣) البدائع : ١١٨/٦ .

(٤) غاية المنتهى : ٢٣٤/٢ ، كشاف القناع : ٢٢٩/٤ ، ط مكة .

عوض ، لمن يصح تملكه ، مع قبوله ، أو وليه قبل تشاغل بقاطع ، مع تنجيز ، وعدم توقيت . وجائز التصرف : هو الحر المكلف الرشيد .

وكون الموهوب مالا لإخراج الاختصاصات .

شروط الواهب :

يشترط أن يكون الواهب له أهلية التبرع بالعقل والبلوغ مع الرشد ، وهذا شرط انعقاد ؛ لأن الهبة تبرع ، فلا تجوز هبة الصبي والمجنون ؛ لأنها لا يملك التبرع ، لكونه ضرراً محضاً ، وكذا الأب لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض بلا خلاف ؛ لأن ولايته قاصرة على وجوه النفع ، والهبة تبرع فيه ضرر محض فلا تجوز منه .

فإن شرط الأب العوض لم يجز أيضاً عند أبي حنيفة ، وأبي يوسف ؛ لأن الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء أي قبل القبض ، ثم تصير بيعاً انتهاءً ، أي بعد القبض ، والأب لا يملك التبرع ، وقال محمد : تجوز الهبة من الأب بشرط العوض ؛ لأن ذلك في معنى البيع ، والعبارة باتفاق المعنى ^(١) .

شروط الموهوب :

يشترط في الموهوب شروط :

١- أن يكون موجوداً وقت الهبة : فلا تنعقد هبة ما ليس بموجود وقت العقد ^(٢) مثل أن يهب ما يثر نخله في هذا العام ، أو ما تلد أغنامه هذه السنة ؛ لأنه

(١) البدائع ، المرجع السابق .

(٢) المبسوط : ٧١/١٢ ، تكملة فتح القدير : ١٢٤/٧ ، البدائع : ١١٩/٦ ، حاشية ابن عابدين : ٥٣٤/٤ ، الكتاب مع

الليباب : ١٧٢/٢ ، تكملة ابن عابدين : ٣٢٩/٢ .

تمليك لمعدوم، فيكون العقد باطلاً^(١).

ومثل: أن يهب ما في بطن هذه الشاة، وسلطه على القبض عند الولادة، فلا ينعقد لاحتمال الوجود والعدم؛ لأن انتفاخ البطن قد يكون للحمل أو لولداء في البطن.

وكذلك لو وهب دقيقاً في حنطة أو دهناً في سمس أو زبداء في لبن، أو زيتاً في زيتون؛ لا يجوز، وإن سلطه على قبضه عند حدوثه؛ لأنه معدوم للحال، والمعدوم ليس بمحل للملك، فوقع العقد باطلاً، فلا ينعقد إلا بالتجديد.

أما هبة اللبن في الضرع، والصوف على ظهر الغنم، والزرع والنخيل في الأرض، والتمر في النخيل: فهي كهبة المشاع الآتية تقع فاسدة، فلو فصل ذلك وسلم إلى الموهوب له، جاز؛ لأن الموهوب موجود مملوك للحال، إلا أنه لم ينفذ المانع، وهو كونه مشغولاً بغيره، فإذا فصل فقد زال المانع، فتجوز الهبة وتصير صحيحة^(٢).

ووافق الشافعية والحنابلة مذهب الحنفية في هذا الشرط، فقالوا: كل ما صح بيعه صحت هبته. وقال المالكية: تجوز هبة ما لا يصح بيعه كالعبد الأبق والبعير الشارد والمجهول والثرة قبل بدو صلاحها والمغصوب.

٢ - أن يكون مالاً متقوماً: فلا تنعقد هبة ما ليس بمال أصلاً كالحر والميتة والدم وصيد الحرم والإحرام وغير ذلك، ولا تجوز هبة ما ليس بمتقوم كالخمر^(٣).

(١) قال المالكية: لا تأثير للغرر على صحة الهبة، فتجوز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود، كالعبد الأبق، والبعير الشارد والمجهول، والثرة قبل بدو الصلاح، والمغصوب، وفي الجملة: كل ما لا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر (بداية المجتهد ٢/٣٢٤، القوانين الفقهية: ص ٣٦٧).

وأما الشافعية والحنابلة فهم كالحنفية في تأثير الغرر عندهم في الهبة كما يؤثر في البيع. (مغني المحتاج: ٢/٣٩٩، المغني: ٥/٥٩٨).

(٢) البدائع: ١١٩/٦، والمراجع السابقة في بدء الكلام عن هذا الشرط. ويلاحظ أن هبة اللبن في الضرع، والصوف على ظهر الغنم حكمها باطل في تحفة الفقهاء والبدائع، والأصح أن الهبة فاسدة كما في الدر المختار ورد المختار.

(٣) البدائع: المكان السابق.

٣- أن يكون مملوكاً في نفسه : فلا تنعقد هبة المباحات ، وهذه الشروط السابقة كلها شروط انعقاد .

٤- أن يكون مملوكاً للواهب : فلا تنفذ هبة مال الغير بغير إذنه ، لاستحالة تملك ما ليس بمملوك^(١) ، وهذا شرط نفاذ عند الحنفية . وبناء على الشرط الأخير يجوز عند الحنفية هبة المملوك ، سواء أكان عيناً أم ديناً ، فتجوز هبة الدين لمن عليه الدين ؛ لأن ما في الذمة مقدور التسليم والقبض ؛ لأن قبض العين قائم مقام قبض عين ما في الذمة . كما تجوز هبة الدين لغير من عليه الدين إن أذن له صراحة بالقبض ، وقبضه استحساناً ، كما سنوضح في شرط الإذن بالقبض .

٥- أن يكون محرراً أي مفرزاً : فلا تصح عند الحنفية هبة المشاع إذا كان يحتل القسمة كالدار والبيت الكبير ، وتكون الهبة فاسدة ، فإن قسم المشاع وسلم ، جازت الهبة ، وهذا شرط صحة للهبة .

وتجوز الهبة إذا كان مشاعاً لا يحتل القسمة ، كالسيارة والحمام ، والبيت الصغير والجوهر . وجواز الهبة للضرورة ، لأنه قد يحتاج إلى هبة بعض ذلك ، ويكتفى بصورة التخلية مقام القبض^(٢) . ودليلهم على الحالة الأولى : أن القبض في الهبة شرط كالرهن ، كما سنبين ، والشئوع يمنع من القبض ؛ لأن التصرف في النصف الشائع وحده ، لا يتصور ، فإن سكنى نصف الدار شائعاً محال ، ولا يتمكن من التصرف فيه إلا بالتصرف في الكل ، والعقد لم يتناول كل الدار ، فعدم قسمة الموهوب يمنع صحة القبض وقامه^(٣) .

(١) البدائع : المرجع والمكان السابق .

(٢) المبسوط : ٦٤/١٢ ، ٧٤ ، البدائع ، المرجع السابق . تكلة فتح القدير : ١٢١/٧ وما بعدها ، ١٢٨ ، حاشية ابن عابدين : ٥٣٤/٤ .

(٣) الضابط فيما يقبل القسمة وما لا يقبلها : أن كل شيء يضره التبعض فيوجب نقصاناً في ماله : يكون مما لا يحتل القسمة . وما لا يوجب ذلك فهو يحتلها (انظر العناية مع تكلة فتح القدير : ١٢١/٧ ، حاشية ابن عابدين : ٥٣٣/٤) .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: إن هبة المشاع جائزة، كالبيع، فإن القبض في هبة المشاع يصح كالقبض في المبيع المشاع. وصفة قبضه: أن يسلم الواهب جميع الشيء إلى الموهوب له، فيستوفي منه حقه، ويكون نصيب شريكه في يده كالوديعة^(١)، والدليل على ذلك من السنة أن وفد هوازن لما جاؤوا يطلبون من رسول الله ﷺ أن يرد عليهم ما غمهم منهم، قال رسول الله ﷺ: «ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم»^(٢) وهذا هبة المشاع.

وهذا الخلاف يجري في التصدق بالمشاع على الغني؛ لأن الصدقة عليه هبة. وأما الصدقة بعشرة على مسكينين مثلاً فتجوز؛ لأن الصدقة تقع من المتصدق لله تعالى، لا للفقير، فلا يتحقق الشيوع. ويترتب على قاعدة الحنفية: وهو أنه لا تجوز الهبة في المشاع الذي يحتمل القسمة ما يلي^(٣):

الهبة لاثنين:

لو وهب إنسان داراً من رجلين أو مداماً من حنطة أو ألف درهم أو نحو ذلك مما يقسم، فإنه لا يصح عند أبي حنيفة. وعند الصحابين: يصح، ويجري الخلاف فيما لو وهب رجل داراً للرجلين وقال: «وهبت لكما هذه الدار: لهذا نصفها، ولهذا نصفها».

ومنشأ الخلاف في ذلك: أن أبا حنيفة يعتبر الشيوع عند القبض مانعاً من صحة الهبة. وأما الصحابيان: فيعتبران الشيوع عند العقد والقبض معاً هو المانع من صحة الهبة. وبناء عليه: يجوز هبة الاثنين من الواحد بالاتفاق، لعدم وجود الشيوع عند

(١) القوانين الفقهية: ص ٣٦٧، ط النهضة بفس، بداية المجتهد: ٢/٣٢٣، حاشية الدسوقي: ٤/٩٧، المهذب: ١/٤٤٦، المغني: ٥/٥٩٦.

(٢) انظر قصة وفد هوازن في نيل الأوطار: ٣/٨.

(٣) البدائع: ٧/١٢١، ١٢٢.

القبض في رأي أبي حنيفة ، ولانعدام الشيوخ في الحالين معاً في رأي الصحابين ؛ لأن الشيوخ وجد عند العقد ، ولم يوجد عند القبض .

ولا تجوز هبة الواحد من الاثنين عند أبي حنيفة ، لوجود الشيوخ عند القبض ، ويجوز ذلك عند الصحابين ؛ لأنه لم يوجد الشيوخ عند العقد والقبض جميعاً .

ولا تجوز الهبة بالاتفاق إذا قال في هبة الدار : « وهبت لك نصفها ، ولهذا نصفها » لأن الشيوخ دخل على نفس العقد ، فنع الجواز ، بخلاف المثال السابق : « وهبت لكما هذه الدار : لهذا نصفها ولهذا نصفها » فعند أبي حنيفة : لا يجوز ؛ لأن هذا تمليك مضاف إلى الشائع . وعند الصحابين : يجوز ، لأن قوله : « لهذا نصفها ، ولهذا نصفها » لا يمكن جعله تفسيراً لنفس العقد ؛ لأن العقد وقع على تمليك الدار جملة منها ، وإنما هو تفسير للحكم الثابت بالعقد أي أثر العقد ، فلا يوجب ذلك إشاعة في نفس العقد .

ولو قال : « وهبت لكما هذه الدار : لهذا ثلثها ، ولهذا ثلثاها » لم يجز عند أبي يوسف وأبي حنيفة ، وجاز عند محمد . أما أبو حنيفة فكما قال في المثال السابق . وأما محمد فقال كما في المثال السابق أيضاً : إن العقد متى جاز لاثنين يستوي فيه حالة التساوي والتفاضل في الأنصاء كما في البيع . وأما أبو يوسف فقد خالف قاعدته حالة التفاضل في الأنصاء ؛ لأن مطلق العقد لا يحتمل التفاضل ، فكان تفضيل أحد النصيين في معنى أفراد العقد لكل منها ، فكان ذلك هبة المشاع ، فيتعذر جعل قوله : « لهذا ثلثها ولهذا ثلثاها » مفسراً للحكم الثابت بالعقد ، بخلاف حالة التساوي .

والخلاصة : أن الشيوخ حالة القبض يمنع صحة الهبة ، أما حالة العقد فلا يمنع صحتها ، وكذا الشيوخ الطارئ لا يفسد الهبة ، وهو كأن يرجع الواهب في نصف الموهوب شائعاً .

٦- أن يكون الموهوب متميزاً عن غيره ، ليس متصلاً به ، ولا مشغولاً بغير الموهوب : لأن معنى القبض ، وهو التمكن من التصرف في المقبوض لا يتحقق مع شغل الموهوب بغيره^(١) وهذا شرط صحة للهبة .

وبناء عليه لو وهب شخص أرضاً فيها زرع للواهب دون الزرع ، أو زرعاً دون الأرض ، أو نخلاً فيها ثمرة للواهب معلقة بها دون الثمرة ، أو ثمرة النخل دون النخل : لا يجوز ، وإن قبض الموهوب ، وتكون الهبة فاسدة ، فلو جز الثمر ، وحصد الزرع ، ثم سلمه فارغاً ، جاز ؛ لأن المانع من نفاذ حكم العقد وهو ثبوت الملك ، قد زال .

وكذا لو وهب داراً فيها متاع للواهب . أو ظرفاً فيه متاع للواهب دون المتاع ، أو وهب دابة عليها حمل للواهب دون الحمل ، وقبض الموهوب ، فإنه لا تجوز الهبة ، ولا يزول الملك عن الواهب إلى الموهوب له ؛ لأن الموهوب مشغول بغيره ، فيكون بمنزلة هبة المشاع ، وتكون الهبة حينئذ فاسدة ، فلو ميز الموهوب عن غيره ، وسلمه وحده ، جازت الهبة .

والخلاصة : أن هبة المشغول لا تصح بخلاف الشاغل ، وهبة المتصل بغير الهبة اتصال خلقة مع إمكان الفصل لا تجوز^(٢) .

مسألة استثناء ما في البطن :

يتفرع على هذا الشرط السابق ، بمقتضى القياس : أنه لو وهب دابة واستثنى ما في بطنها ، لا يجوز ، لأنه هبة ما هو مشغول بغيره .

(١) البسوط : ٧٣/١٢ ، تكللة فتح التقدير : ٧ ص / ١٢٤ ، ١٢٧ ، البدائع : ٦ ص / ١٢٥ ، حاشية ابن عابدين :

٤ ص / ٥٣٣ وما بعدها ، جمع الضمانات : ص ٣٣٦ .

(٢) الفرائد البهية في القواعد الفقهية : ص ٢٠٤ .

وأما استحساناً فقالوا: تجوز الهبة في الأم والحمل جميعاً، ويبطل الاستثناء .
والعقود في هذه المسألة في الجملة ثلاثة أنواع^(١) .

١ - قسم يفسد فيه العقد أي لا يجوز فيه أصل التصرف : وهو البيع والإجارة والرهن^(٢) ، فإذا عقد على الأم ، دون الحمل ، بأحد هذه العقود ، فسد العقد ، وبطل الاستثناء ؛ لأن الحمل تبع للأم ، فاستثناءه إخراج لبعض ما اقتضاه العقد ، لأن العقد ثبت في الأم وولدها ، ففسد العقد ، والقاعدة المقررة : أن الشرط الفاسد في المعاوضات المالية يفسد العقد^(٣) .

٢ - وقسم يصح فيه العقد ويبطل الشرط أو الاستثناء : وهو النكاح والخلع ، والصلح عن دم العمدة ، والهبة ؛ لأن موجب العقد أن يثبت الحكم في الكل ، وقد استثنى بعض الموجب ؛ فيكون شرطاً فاسداً ، والقاعدة المقررة : أن الشرط الفاسد لا يبطل عقود التبرعات والتوثيقات والزواج ، بل العقد صحيح ، والشرط لغو باطل ، فالهبة إذاً لا تبطل بالشروط الفاسدة .

والأصل في ذلك بالنسبة للهبة أنه ﷺ أجاز العمري وأبطل شرط المعمر^(٤) ،

(١) المبسوط : ١٢ / ص ٧٢ ، ج ١٣ / ص ١٩ ، تكلية فتح القدير : ٧ / ص ١٢٩ وما بعدها ، البدائع : ٦ / ص ١٢٥ ، ورد

المختار : ٤ / ص ١١٣ ، مجمع الضمانات : ص ٣٣٧ ، الفرائد البهية في القواعد الفقهية : ٢٠٦ .

(٢) اعتبار الرهن كالبيع في أنه يبطل بالشرط الفاسد هو بحسب ما جاء في البدائع ، لكن الأصح ما جاء في الزيادات : وهو أن الرهن كالهبة ، لا يبطل بالشرط الفاسد ، وإنما يصح الرهن ، ويبطل الشرط ، لأنه عقد تبرع ، لا عقد معارضة .

(٣) الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى : ص ٤٢٣ .

(٤) المرجع السابق . وهذا بمقتضى حديث جابر السابق تخريجيه ، ففي بعض رواياته عند أبي داود والنسائي والترمذي وصححه ، قال : «أبى رجل أعر رجلاً عمرى له ولعقبه ، فقال : قد أعطيتكها وعقبك ، ما بقي منك أحد ، فإنها لمن أعطيتها ، وإنما لا ترجع إلى صاحبها من أجل أنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث» وروى النسائي بمعناه عن عبد الله بن الزبير .

وهي بخلاف البيع ، لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط^(١) .

٣- وقسم يجوز فيه العقد والاستثناء جميعاً : وهو الوصية ، كما إذا أوصى بفرس إلا حملها ، صحت الوصية في الفرس ، وبقي الحمل لورثة الموصي ؛ لأن الحمل أصل على حدة بالنسبة للوصية ، حتى إنه يجوز إفراده بالوصية ، فيجوز استثناءه إذاً ؛ لأن عقد الوصية والإيصال ، كل منهما بطبيعته لا يكون إلا مضافاً لزمن مستقبل ، ولا يثبت الملك في الموصى به إلا بعد وفاة الموصي .

٧- الشرط السابع وهو قبض الموهوب : وهو أهم الشروط ، وهو شرط لزوم وتام الهبة ، لا شرط صحة ، وركن عند بعض الحنفية وابن عقيل من الحنابلة كما سبق بيانه ، وقد أخرجناه إلى هنا ، لكثرة ما يتبعه من أمور . فالقبض في الهبة : أن يكون الموهوب مقبوضاً ، فلا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض بل لا تتحقق الهبة إلا بالقبض ، فبالقبض توجد الهبة ، والقبض مولد لآثار الهبة عند الحنفية . ونتكلم هنا في بيان أصل القبض أنه شرط أم لا عند الفقهاء .

ما نوع شرط القبض ؟

اختلف الفقهاء ، فقال الحنفية والشافعية^(٢) : القبض : شرط للزوم الهبة ، حتى إنه لا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض ، بدليل ما روت عائشة رضي الله عنها أن أباها نخلها جداد عشرين وسقاً^(٣) من ماله ، فلما حضرته الوفاة ، قال : يا بنية : إن أحب الناس عندي بعدي لأنت ، وإن أعز الناس علي فقراً بعدي لأنت ، وإني كنت

(١) رواه الطبراني في معجمه الوسط عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه «نهى عن بيع وشرط ، أبيع باطل ، والشرط باطل» (راجع نصب الراية : ٤ ص / ١٧) .

(٢) الدر المختار ورد المختار : ٤ / ٥٣٣ ، ٥ / ٣٤١ ، مغني المحتاج : ٢ / ٤٠٠

(٣) الجد : صرام النخل أي أعطها ما لا يجد عشرين وسقاً ، أي يحصل من ثمرته ذلك ، والوسق : ستون صاعاً أو حمل بعير .

نخلتك جداد عشرين وسقاً من مالي ، ولو كنت جدديته وأحزتيه لكان لك ، وإنما هو اليوم مال الوارث ، وإنما أخواك وأختاك فاقسموه على كتاب الله ، قالت : هذان أخوأي ، فمن أختاي ، إنما هي أسماء ، فمن الأخرى ؟ قال : ذو بطن بنت خارجة ، فإني أظنها جارية ^(١) .

فهذا نص في اشتراط القبض للزوم الهبة ، وإن الهبة تملك بالقبض لقوله : « لو كنت جدديته وأحزتيه لكان لك » ، وقال عمر رضى الله عنه : ما بال رجال يَنحَلون أبناءهم نَحْلاً ، ثم يسكونها فإن مات ابن أحدهم ، قال : « مالي بيدي ، لم أعطه أحداً ، وإن مات هو قال : هو لابني ، قد كنت أعطيته إياه ، فمن نخل نخلة فلم يَحْزُها الذي نخلها - وأبقاها - حتى تكون إن مات لورثته ، فهي باطلة » ^(٢) .

وهذا هو قول عثمان وعلي أيضاً ^(٣) ، وفي الجملة فإن الخلفاء الراشدين وغيرهم اتفقوا على أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة محوزة ^(٤) .

وقال الحنابلة في أرجح الروايتين عن أحمد : القبض شرط لصحة الهبة في المكيل

(١) تبة الأثر: « فولدت جارية ، أخاها عبد الرحمن ومحمد . وبنت خارجة : هي حبيبة بنت خارجة بن زيد ، زوجة أبي بكر ، كانت ذلك الوقت حاملاً ، فولدت أم كلثوم » رواه عن عائشة مالك في الموطأ ، ورواه عنه محمد بن الحسن وعبد الرزاق والبيهقي (راجع جامع الأصول : ١٢ ص / ٢٦٩ ، تنوير الحوالك شرح الموطأ : ٢ ص / ٢٢٣ ، نصب الراية : ٤ ص / ١٢٢ ، التلخيص الحبير : ص / ٢٦٠ ، نيل الأوطار : ص ٥ / ٣٤٩) .

(٢) تنوير الحوالك شرح موطأ مالك ، الموضوع السابق . والنحلة : العطية من غير عوض ، أو الهبة .

(٣) والصدقة على الفقير كالهبة ، بجامع التبرع ، فلا تصح إلا بالقبض لأنها تبرع كالهبة ، لا تجوز في مشاع يحتمل القسمة لأنها كالهبة ، لكن إذا تصدق على فقيرين بشيء يحتمل القسمة ، جاز ، لأن المقصود في الصدقة هو الله تعالى ، وهو واحد ، والفقير نائب عنه في القبض . ولا يصح الرجوع في الصدقة ، ولو على غني استحساناً بعد القبض لأن المقصود هو الثواب وقد حصل .

(٤) هذا أثر عن الصحابة ، ورد الزيلعي على من قال : إنه حديث بقوله : غريب ، ورواه عبد الرزاق من قول النخعي قال : « لا تجوز الهبة حتى تقبض ، والصدقة تجوز قبل أن تقبض » (راجع نصب الراية : ٤ ص / ١٢١) وراجع البسوط : ١٢ ص / ٥٧ ، تكملة فتح القدير : ٧ ص / ١١٣ وما بعدها ، البدائع : ٦ ص / ١٢٣ ، المهذب : ١ ص / ٤٤٧ مغني المحتاج : ٢ ص / ٤٤٠٠ .

أو الموزون ، لإجماع الصحابة على ذلك ، ويظهر أن المراد بكون القبض شرط صحة أنه شرط لزوم ، بدليل قول ابن قدامة : إن المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة إلا بالقبض ، وهو قول أكثر الفقهاء .

أما غير المكيل أو الموزون فتلزم الهبة فيه بمجرد العقد ، ويثبت الملك في الموهوب قبل قبضه ، لما روي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما أنها قالوا : الهبة جائزة إذا كانت معلومة ، قبضت أو لم تقبض^(١) .

وقال المالكية : لا يشترط القبض لصحة الهبة ، ولا للزوم الهبة ، وإنما هو شرط لتامها ، أي لكمال فائدتها ، بمعنى أن الموهوب يملك بمجرد العقد أي القول ، على المشهور عندهم . والقبض أو الحيازة تتم الهبة ، ويجبر الواهب على تمكين الموهوب له من الموهوب . ودليلهم تشبيه الهبة بالبيع وغيره من سائر التمليكات ، ولقول الأصحاب : الهبة جائزة إذا كانت معلومة ، قبضت أو لم تقبض^(٢) .

والخلاصة : أن غير المالكية يرون أن الموهوب يملك بالقبض لا بالعقد^(٣) ، وعند المالكية : يملك بالعقد .

٨- يشترط لصحة القبض عند جمهور العلماء : أن يكون بإذن الواهب : فلو قبض بلا إذن لم يملكه ، ودخل في ضمانه ؛ لأن التسليم غير مستحق على الواهب ، فلا يصح التسليم إلا بإذنه ، ولأن الإذن بالقبض شرط لصحة القبض في البيع ، ففي الهبة من باب أولى ؛ لأن القبض فيها شرط لصحتها ، بعكس

(١) المغني : ٥ ص ٥٩١ وما بعدها .

(٢) بداية المجتهد : ٢ ص ٣٢٤ ، حاشية الدسوقي : ٤ ص ١٠١/ .

(٣) لما روى الحاكم في صحيحه أنه عليه السلام « أهدى إلى النجاشي ثلاثين أوقية مسكاً ، ثم قال لأُم سلمة : إني لأرى النجاشي قد مات ، ولا أرى الهدية التي قد أهديت له ، إلا تسترد ، فإذا ردت إلي ، فهي لك ، فكان كذلك » ولأن الهبة عقد إرفاق وتبرع كالقرض ، فلا يملك إلا بالقبض .

البيع^(١) إلا أن الحنفية قالوا : القياس أن لا يجوز قبض الهبة إلا بإذن الواهب ، سواء تم القبض في مجلس العقد أم بعد الافتراق . والاستحسان أن الموهوب له إذا قبض الموهوب في مجلس العقد بغير أمر الواهب ، جاز . وإن قبض بعد الافتراق عن المجلس لم يجز إلا أن يأذن له الواهب في القبض .

وجه القياس : أن القبض تصرف في ملك الواهب لأن ملكه قبل القبض باق ، فلا يصح بدون إذنه .

ووجه الاستحسان : أن القبض في الهبة بمنزلة القبول ؛ لأنه يتوقف عليه ثبوت الملك ، والمقصود من الهبة إثبات الملك ، فيكون الإيجاب من الواهب تسليطاً للموهوب له على القبض ، فكان إذناً دلالة . وإنما قيد ذلك بالمجلس لأنه ثبت التسليط فيه ، إلحاقاً له بالقبول ، والقبول يتقيد بالمجلس ، وكذلك ما يلحق به .

وقال المالكية : يصح القبض ولو بلا إذن من الواهب ، ويجبر الواهب على تمكين الموهوب من القبض حيث طلبه ؛ لأن الهبة تملك بالقول أي بالإيجاب ، على المشهور عندهم^(٢) .

ويترتب على مذهب الحنفية أنه لو وهب إنسان ثوباً ، أو عيناً من الأعيان ، مفرزاً ، مقسوماً ، ولم يأذن له في قبضه ، فقبضه الموهوب له فإن كان بحضرة الواهب : يجوز استحساناً ، والقياس أن لا يجوز قبضه بعد الافتراق من المجلس ، وهو قول زفر ؛ لأن القبض عنده ركن بمنزلة القبول في حق إثبات الحكم ، فلا يجوز القبض بعد الافتراق عن المجلس ، كما لا يجوز القبول بعد الافتراق .

ووجه الاستحسان : أن الإذن بالقبض وجد من طريق الدلالة ؛ لأن الإيجاب فيه دلالة الإذن بالقبض .

(١) البدائع : ٦ ص ١٢٢ ، الهداية وتكلمة فتح القدير : ١١٥/٧ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢ ص ٤٠٠ ، المغني : ٥ ص ٥٩٢ .

(٢) حاشية السوق : ٤ ص ١٠١ .

وأما في هبة الدين لغير من عليه الدين ، فلا بد من الإذن صراحة بالقبض ، ولا يكفي الإذن دلالة . وجه الفرق بين هبة العين وهبة الدين : هو أن الإيجاب في هبة العين يدل على الإذن بالقبض دلالة ؛ لأن قصده تملك ما هو ملكه للموهوب له ، أما في هبة الدين : فالإيجاب لا يعطي تلك الدلالة ؛ لأن الدلالة متوقفة على قصد التملك ، وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتحقق إلا بالتصريح بالإذن بالقبض ؛ لأنه بالتصريح يقوم قبضه مقام قبض الواهب ، فيصير المقبوض ملكاً له أولاً ، ثم يصير الموهوب له قابضاً لنفسه من الواهب . وبناء على هذا التقدير : يصير الواهب واهباً ملك نفسه ، والموهوب له قابضاً ملك الواهب .

وتجوز هبة الدين لغير من عليه الدين ثابت استحساناً ، وصورتها : أن يهب رجل لرجل ديناراً له على رجل ، ويأمره بقبضه ويقبضه فعلاً ، فيجوز استحساناً ؛ لأنه أنابه في القبض مناب نفسه ، فيجعل قبض الموهوب له كقبض الواهب . وأما قياساً فلا يجوز ، وهو قول زفر ؛ لأن الدين ليس بمال عند الحنفية ، حتى إن حلف لا مال له ، وله دين على إنسان : لا يحنث في يمينه . والهبة عقد مشروع لتمليك المال ، فإذا أضيف إلى مائس بمال لا يصلح^(١) .

نوعا القبض :

قبض الهبة عند الحنفية نوعان : قبض بطريق الأصالة ، وقبض بطريق النيابة^(٢) .

أما القبض بطريق الأصالة : فهو أن يقبض بنفسه لنفسه ، وشرط جوازه العقل فقط ، فلا يجوز قبض الصبي غير المميز والمجنون . وأما البلوغ : فليس بشرط

(١) المبسوط للسرخسي : ٧٠ / ١٢ ، البدائع : ١١٩ / ٥ ، ١٢٤ ، حاشية ابن عابدين : ٥٤٤ / ٤ .

(٢) انظر التفصيل في البدائع : ١٢٦ / ٥ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ١٢٥ / ٧ وما بعدها ، حاشية ابن عابدين : ٥٣٥ / ٤ ، الكتاب مع الباب : ١٧٣ / ٢ .

لصحة القبض استحساناً ، فيجوز قبض الصبي العاقل (أي المميز) ما وهب له .
والقياس وهو رأي غير الحنفية : أن يكون البلوغ شرطاً ؛ لأن القبض من باب
الولاية ، ولا ولاية للصبي على نفسه ، فلا يجوز قبضة في الهبة ، كما لا يجوز في البيع .
ووجه الاستحسان : أن قبض الهبة من التصرفات النافعة نفعاً محضاً ، فيملكه
الصبي العاقل .

وأما القبض بطريق النيابة ، فالنيابة في القبض نوعان :
نوع يرجع إلى القابض ، ونوع يرجع إلى نفس القبض .

أما الأول - فهو القبض للصبي ، وشرط جوازه وجود ولاية أو عيلة أي كون
الصبي في حجر وعيال شخص أي في رعايته وتربيته عند عدم الولي .

فلو وهب أجنبي للصغير شيئاً ، فيقبض عنه وليه على هذا الترتيب عند
الحنفية : الأب ، ثم وصيه ، ثم الجد ، ثم وصيه ، ومن غاب من هؤلاء غيبة منقطعة
تنتقل الولاية إلى الأبعد ، كما في ولاية النكاح ؛ لأن التأخير إلى قدوم الغائب يؤدي
إلى تفويت المنفعة على الصغير ، فتنتقل الولاية إلى ما يتلوه .

وبناء على ذلك لو وهب أحد هؤلاء الأولياء للصغير شيئاً ، والمال في أيديهم صحت
الهبة ، ويصيرون قابضين للصغير ، وكذلك إذا باع الأب ماله من ابنه الصغير ، ثم هلك
المبيع عقب البيع ، كان الهلاك على الصغير ؛ لأنه صار قابضاً بقبض الأب .

ولو قبض الصغير العاقل ما وهب له أحد أوليائه المذكورين ، جاز قبضه
استحساناً ، والقياس : أن لا يجوز ، كما بينا في القبض بطريق الأصالة .

ولا يجوز قبض غير هؤلاء الأولياء الأربعة المذكورين مع وجود واحد منهم ،
أجنبياً كان أو ذا رحم محرم منه ، كالأخ والعم والأم ؛ لأنه ليس لهم ولاية التصرف في
مال الصبي .

فإن لم يكن أحد من هؤلاء الأولياء الأربعة ، جاز قبض من كان الصبي في حجره وعياله استحساناً ، والقياس : أن لا يجوز لعدم الولاية ، وإنما جاز ذلك استحساناً ؛ لأن من هو في عياله ، له عليه نوع ولاية ، إذ أنه يؤدبه ، ويعمل له ما فيه المنفعة ، وللصبي في قبض الهبة منفعة محضة ، فيكون ذلك من باب الحفظ .

وأما النوع الثاني من النيابة : وهو الذي يرجع إلى نفس القبض فهو أن القبض الموجود بسبب من الأسباب ينوب عن قبض الهبة ، سواء أكان مثل قبض الهبة أم أقوى منه ، وبيانه :

أ- إذا كان الموهوب في يد الموهوب له وديعة أو عارية ، فوهب منه ، جازت الهبة ، ولا يحتاج إلى تجديد القبض بعد العقد استحساناً ، والقياس : أن لا يصير قابضاً ما لم يجدد القبض ، وهو أن يخلي بين الموهوب له وبين الموهوب بعد العقد ؛ لأن يد الوديع هي يد صورية ، وهي في الحقيقة والمعنى يد المودع ، فكان المال في يده فيحتاج إلى تجديد القبض .

ووجه الاستحسان : أن قبض الهبة وقبض الوديعة أو العارية متاثلان في القوة ؛ لأن كل واحد منهما قبض أمانة غير مضمون ، إذ الهبة عقد تبرع ، وكذا الوديعة والعارية ، فتأثل القبضان ، فيقوم أحدهما مقام الآخر .

ب- وإذا كان الموهوب في يد الموهوب له مضموناً بنفسه ، كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء^(١) ، والمقبوض ببيع فاسد ، فوهب منه : تصح الهبة ، ويبرأ عن الضمان ؛ لأن قبض الضمان أقوى من قبض الأمانة ، فينوب عنه ، لوجود المستحق بالعقد وهو القبض ، وزيادة ضمان .

(١) وهو أن يقبض الإنسان شيئاً لينظره أو ليشتريه ، فإن بين البائع للمقبوض ثمناً ، كان المقبوض مضموناً على القابض ، بخلاف المقبوض على سوم النظر ، فإنه أمانة . وعلى هذا فالمقبوض على سوم الشراء مضمون بالقيمة عند بيان الثمن . لا المقبوض على سوم النظر ، فهو ليس بمضمون مطلقاً (راجع مجمع الضمانات للبغدادي : ص ٢١٢ ، ٢١٧ ، الدر المختار ورد المحتار : ٥٢/٤ وما بعدها ، حاشية الشرقاوي على التحفة : ١٥٠/٢ ، عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٩٦) .

ج- وإذا كان الموهوب في يد الموهوب له مضموناً بغيره ، كالموهون المضمون بالدين ، والمبيع المضمون بالثمن ، فوهبه مالكة لصاحب اليد : فإنه لا يصير قابضاً بذلك عند الكرخي ما لم يحدد القبض ؛ لأن قبض الرهن أو البيع ، وإن كان قبض ضمان ، لكنه ضمان لاتصح البراءة منه ، فلا يحتمل الإبراء بالهبة ، ليصير قبض أمانة ، وبالتالي يتأثل القبضان ، وحينئذ يظل قبض ضمان ، فاختلف القبضان ، فلا يتناوبان ، بخلاف المغصوب والمقبوض على سوم الشراء ؛ لأن ذلك الضمان مما تصح البراءة عنه ، فبإبراءه بالهبة ؛ ويبقى قابضاً بغير ضمان ، فتأثل القبضان فيتناوبان .

وفي الجامع الصغير والبدائع ، وهو الأرجح : يصير الموهوب له في المضمون بغيره قابضاً ؛ لأن قبض الضمان أقوى من قبض الأمانة ، والأقوى ينوب عن الأدنى .

المبحث الرابع - حكم الهبة :

أصل حكم الهبة : هو ثبوت الملك للموهوب له في الموهوب من غير عوض .

صفة حكم الهبة : قال الحنفية : حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم ، فيصح الرجوع والفسخ ، لقوله عليه السلام : « الواهب أحق بهبته ما لم يثبت منها ^(١) » أي يعوض ، فإنه عليه السلام جعل الواهب أحق بهبته ما لم يصل إليه العوض ، وهذا نص في المراد ، فيصح الرجوع ما لم يحصل تعويض ، وإن تم القبض ، وهناك موانع أخرى من الرجوع سنذكرها . ولكن يكره الرجوع ؛ لأنه من باب الدناءة ، وللموهوب له أن يمتنع عن الرد . ولا يصح الرجوع إلا بتراض أو بقضاء القاضي ؛ لأن

(١) روي من حديث أبي هريرة وابن عباس وابن عمر . فحدث أبي هريرة أخرجه ابن ماجه والدارقطني ، وفيه ضعف . وحدث ابن عباس له طريقان : أحدهما عند الطبراني في معجمه ، والثاني عند الدارقطني في سننه ، وحدث ابن عمر رواه الحاكم وصححه ، كما صححه ابن حزم ، وعن الحاكم رواه البيهقي وقال : والصحيح من هذه الرواية عن عمر من قوله (راجع نصب الراية : ١٢٥/٤ ، التلخيص الحبير : ص ٢٦٠ وما بعدها ، سبل السلام : ٩٣/٢) .

الرجوع فسخ بعد تمام العقد ، فصار كالفسخ بسبب العيب بعد القبض^(١) ، فالرجوع في الهبة بالتراضي يعد من الإقالة .

وقال المالكية : يثبت الملك في الهبة بمجرد العقد ويصبح لازماً بالقبض ، فلا يحل الرجوع بعدئذ ، أما قبل القبض فيصح فقط للواهب الأب أن يرجع فيما وهبه لابنه ، ما لم يترتب عليه حق الغير كأن يتزوج مثلاً ، أو يستحدث ديناً . والرجوع في الهبة يعرف عندهم بالاعتصار في الهبة^(٢) .

والاعتصار أو الرجوع في الهبة جائز عند المالكية فيما يهبه الوالد لولده صغيراً أو كبيراً بشروط خمسة : وهي ألا يتزوج الولد بعد الهبة ، ولا يحدث ديناً لأجل ، وألا يتغير الموهوب عن حاله ، وألا يحدث الموهوب له في الموهوب حدثاً ، وألا يمرض الواهب أو الموهوب له . فإن وقع شيء من ذلك يمتنع الرجوع ، هذا في هبة التردد والمحبة . أما الهبة لوجه الله تعالى وهي التي تسمى صدقة فلا رجوع فيها أصلاً ولا اعتصار ، ولا ينبغي للواهب أن يرتجعها بشراء ولا غيره ، وإن كانت شجراً فلا يأكل من ثمرها ، وإن كانت دابة فلا يركبها إلا أن ترجع إليه بالميراث ، وأما هبة الثواب على أن يكافئه الموهوب له فهي جائزة عند المالكية ، والموهوب له مخير بين قبولها أو ردها ، فإن قبلها فيجب أن يكافئه بقيمة الموهوب ، ولا يلزمه الزيادة عليها ، ولا يلزم الواهب قبول ما دونه .

وقال الشافعية والحنابلة : لا يحل للواهب أن يرجع في هبته ، إلا الوالد فيما أعطى ولده ، لقوله عليه السلام : « العائد في هبته كالعائد في قيئه » ، « ليس لنا مثل السوء : العائد في هبته ، كالكلب يعود في قيئه »^(٣) وقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « ليس لأحد أن

(١) البدائع ١٢٧/٦ ، تكملة فتح القدير: ١٢٩/٧ ، مجمع الضمانات : ص ٢٣٨ .

(٢) حاشية السوقى: ١١٠/٤ ، بداية المجتهد: ٣٢٤/٢ ، ٣٢٧ ، المنتقى على الموطأ: ١١٣/٦ ، ١١٦ ، القوانين الفقهية : ص ٣٦٧ وط فاس

(٣) تقدم تحريجه عن عبد الله بن عمرو بن العاص ، والرواية الأولى عند النسائي والثانية عند أبي داود (راجع سبل السلام: ٩٠/٣) .

يعطي عطية ، فيرجع فيها إلا الوالد ، فيما يعطي ولده»^(١) ، وكالوالد : سائر الأصول عند الشافعية^(٢) .

المبحث الخامس - موانع الرجوع في الهبة عند الحنفية :

نظم بعضهم هذه الموانع وهي سبعة ، فقال :

ومانع من الرجوع في الهبة يا صاحبي حروف « دمع خزقه »
الدال رمز للزيادة المتصلة في نفس العين ، والميم للموت ، والعين للعرض ،
والحاء لخروج الموهوب عن ملك الموهوب له ، والزاي للزوجية ، والقاف للقرابة ،
والهاء للهلاك .

وتفصيل ذلك يعرف مما يأتي :

أولاً - العوض المالي : إذا عوض الموهوب له الواهب من هبته عوضاً ، وقبضه الواهب ، امتنع على الواهب الرجوع في هبته ، لقوله عليه السلام : « الواهب أحق بهبته ما لم يُتَبَّ منها » أي يعوض وذلك هو هبة الثواب أي العوض ، ولأن التعويض دليل على أن مقصود الواهب هو الوصول إلى العوض ، فإذا عوض امتنع الرجوع ، لكن يشترط في المعوض أن يقول شيئاً من الألفاظ يؤذن بالعوض ، أما إذا سكت ولم يقل شيئاً ، جاز الرجوع فيما أعطى .

(١) أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن ابن عمر وابن عباس عن النبي ﷺ قال : « لا يجل لرجل أن يعطي عطية ، أو يهب هبة ثم يرجع فيها ، إلا الوالد فيما يعطي ولده ، ومثل الذي يرجع في عطيته أو هبته كالكلب يأكل فإذا شبع قاء ، ثم عاد فيه » قال الترمذي : حديث حسن صحيح ، ورواه ابن حبان والحاكم عن ابن عباس وصحاه ، ورواه أحمد والطبراني والدارقطني وعبد الرزاق عن طائوس عن النبي ﷺ مرسلأ ، وله طريق آخر عند النسائي وابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ : « لا يرجع في هبته إلا الوالد من ولده » (راجع جامع الأصول : ٢٦٦/١٢ ، نصب الرأية : ١٢٤/٤ ، سبل السلام : ٩٠/٣ ، التلخيص الحبير : ص ٢٦٠) .

(٢) مغني المحتاج : ٤٠١/٣ ، المهذب : ص ٤٤٧ ، المغني : ٦٢١/٥ .

والعوض نوعان : عوض مشروط في العقد ، وعوض متأخر عن العقد^(١) .

أ- **العوض المشروط في العقد (أو الهبة بشرط العوض أو هبة الثواب) :**

إذا قال الواهب : « وهبت لك هذا القلم على أن تعوضني هذا الثوب » فقد اتفق الأئمة الأربعة على صحة هذا الشرط ، والعقد الذي اشتمل عليه ، واختلفوا في تكييف العقد المذكور .

فقال الحنفية ما عدا زفر : يعتبر هذا العقد هبة ابتداء ، بيعاً انتهاءً ، فتطبق عليه أحكام الهبة قبل القبض ، فلا تجوز هبة المشاع ويشترط القبض ، ويجوز الرجوع في السلعتين ، ما لم يتقابضا . وأما بعد التقابض فيعد العقد بمنزلة البيع ، بحيث يرد البدلان بالعيب وعدم الرؤية ، ويرجع في الاستحقاق ، وتجب الشفعة في العقار .

وقال زفر : هو عقد بيع ابتداءً وانتهاءً ، وتثبت فيه أحكام البيع ، فلا يفسد بالشيوع ، ويفيد الملك بنفسه ، بدون اشتراط القبض ؛ لأن معنى البيع موجود في هذا العقد ، إذ البيع تمليك العين بعوض .

واعتمد جمهور الحنفية على أنه وجد في هذا العقد لفظ الهبة ، ومعنى البيع ، فيعطى شبه العقدين^(٢) .

وقال المالكية : يعتبر هذا العقد كالبيع في غالب الأحوال ، ويخالفه في الأقل منها ؛ لأن هبة الثواب تجوز مع جهل عوضها ، وجهل أجله ، وليس للواهب رد

(١) انظر التفصيل في المبسوط : ٧٥/١٢ وما بعدها ، البدائع : ١٢٠/٦ ، تكملة فتح القدير : ١٣٣/٧ ، حاشية ابن عابدين : ٥٢٩/٤ وما بعدها .

(٢) البدائع : ١٣٢/٦ .

الثواب المغيب، وإنما يلزم بقبوله، ما لم يكن العيب فادحاً كجذام وبرص، وإلا فلا يلزم الواهب قبوله، ولو كمل له القيمة^(١).

وقال الشافعية والحنابلة: يعتبر العقد بيعاً على الصحيح، فيلتزم الموهوب له بدفع العوض المشروط، وتطبق عليه أحكام البيع من الشفعة والخيار وضمان الدرّك أي ما يدرك المبيع من استحقاق، ونحو ذلك^(٢). والسبب هو أن اشتراط العوض صراحة يبطل الهبة، لأنه شرط مخالف لمقتضى العقد.

ب- العوض المتأخر عن العقد:

العوض المتأخر عن العقد إما أن يضاف إلى الهبة الأولى مثل: هذا عوض عن هبتك، أو بدل عنها أو مكانها، وإما ألا يضاف إليها.

فإذا لم يضاف العوض إلى الهبة الأولى، تكون الهبة الثانية هبة مبتدأة، ويثبت حق الرجوع في الهبتين.

وأما إذا أضيف العوض إلى الهبة الأولى، فيكون التعويض المتأخر عن الهبة الأولى هبة مبتدأة بلا خلاف، تصح بما تصح به الهبة، وتطل بما تبطل به الهبة، ولكن يخالف الهبة المبتدأة في إسقاط الرجوع في الهبة الأولى، فكان فيه معنى العوض^(٣).

ولكن هل الهبة المطلقة عن شرط التعويض عنها تقتضي الإثابة والتعويض؟

اختلف العلماء: فقال الحنفية، والحنابلة، والشافعية في الأرجح عندهم:

- (١) بداية المجتهد: ٣٢٦/٢، حاشية الدسوقي: ١١٤/٤، القوانين الفقهية: ص ٣٥٢.
- (٢) المهذب: ٤٤٧/١، مغني المحتاج: ٤٠٤/٢. ضمان الدرّك: هو التزام سلامة المبيع مما يمكن أن يلحقه ويدركه من حقوق لغير البائع في عينه، وتحمل التبعة عند ظهور حق فيه لأحد. (عقد البيع للأستاذ الزرقاء: ص ٩٧).
- (٣) البدائع: ١٣١/٦، المبسوط: ٧٦/١٢، ٨٢.

لا تقتضي ثواباً، سواء أكانت من الإنسان لمثله، أم دونه، أم أعلى منه، فلا يلزم الموهوب له بالإثابة والتعويض للواهب^(١).

وقال المالكية: الهبة تقتضي الثواب وتحمل على إرادة التعويض إذا اختلف الواهب والموهوب له في ذلك، وخصوصاً: إذا دلت قرينة الحال على قصد الثواب. مثل: أن يهب الفقير الغني، أو لمن يرى أنه إنما قصد بذلك الثواب. ودليلهم قول عمر رضي الله عنه: ومن وهب هبة أراد بها الثواب، فهو على هبته يرجع فيها، إذا لم يرض منها^(٢).

ثانياً- العوض من حيث المعنى: وهو ليس بعوض مالي، وهو ثلاثة أنواع^(٣).

الأول- الثواب من الله تعالى: فلا رجوع في الهبة من الفقير بعد قبضها؛ لأن الهبة إلى الفقير صدقة، ويطلب بها الثواب، ولا رجوع في الصدقة.

الثاني- صلة الرحم: فلا يصح الرجوع في هبة ذوي الأرحام المحارم؛ لأن هذه الصلة عوض معنوي؛ لأن التواصل سبب التضامن والتعاون في الدنيا، فيكون وسيلة إلى استيفاء النصرة، وسبب الثواب في الدار الآخرة، فكان ذلك أقوى من المال.

الثالث- صلة الزوجية: فلا يصح الرجوع في هبة الزوجين؛ لأن هذه الصلة تجري مجرى صلة القرابة الكاملة، بدليل أنه يتعلق بها التوارث في جميع الأحوال.

ثالثاً- الزيادة المتصلة في الموهوب بفعل الموهوب له أو بفعل غيره: هذه الزيادة تمنع الرجوع، سواء أكانت متولدة أم غير متولدة، كأن يكون الموهوب داراً، فبنى الموهوب له فيها بناء، أو كان أرضاً فغرس فيها أشجاراً، أو أقام مضخة ماء

(١) البدائع: ١٣٢/٦، المهذب: ٤٤٧/١، مغني المحتاج: ٤٠٤/٢، المغني: ٦٢٣/٥.

(٢) بداية المجتهد: ٢٢٦/٢، حاشية الدسوقي: ١١٤/٤، المنتقى على الموطأ: ١١١/٦.

(٣) البدائع: ١٣٢/٦، تكملة فتح القدير: ١٢٤/٧، حاشية ابن عابدين: ٥٤١/٤.

وثبتها في الأرض وبنى عليها، أو كان الموهوب ثوباً فصبغه بصباغ زادت به قيمته، أو قطعه قميصاً وخاطه، أو طراً سمن وجمال، فلا يصح الرجوع؛ لأن الموهوب اختلط بغيره، والرجوع لا يمكن في غير الموهوب، لأنه ليس بموهوب، وبما أنه لا يمكن الرجوع في الأصل بدون الزيادة، فامتنع الرجوع أصلاً.

وأما الزيادة المنفصلة: فلا تمنع من الرجوع، سواء أكانت متولدة من الأصل كالولد واللبن والتمر، أم غير متولدة كالأرش^(١) والكسب والغلة؛ لأن هذه الزوائد لم يرد عليها العقد، فلا يرد عليها الفسخ، وإنما ورد على الأصل، ويمكن فسخ العقد في الأصل دون الزيادة، بخلاف المتصلة، وبخلاف زوائد المبيع، فإنها تمنع الرد بالعيب، حتى لا يحصل هناك ربا؛ لأنه يترتب على فسخ البيع وردّ الأصل أن يبقى الولد مثلاً عند المشتري بدون مقابل، وهذا هو معنى الربا، ومعنى الربا لا يتصور في الهبة؛ لأن الربا يختص بالمعاوضات.

وأما نقصان الموهوب فلا يمنع من الرجوع في الهبة، لأنه ما دام له الحق في الرجوع في كل الموهوب، فيكون له الرجوع في بعض الموهوب مع بقائه، فكذا عند نقصانه. ولا يضمن الموهوب له النقصان؛ لأن قبض الهبة ليس بقبض مضمون^(٢).

رابعاً- خروج الموهوب عن ملك الموهوب له: بأي سبب كان، كالبيع أو الهبة ونحوهما؛ لأن الملك يختلف بهذه التصرفات، واختلاف الملكين كاختلاف العينين، فلو وهب عيناً لم يكن له أن يرجع في عين أخرى، فكذا إذا أوجب ملكاً لم يكن له أن يفسخ ملكاً آخر^(٣).

(١) الأرش: هو العوض المالي الذي يقدر ويجب على الجاني في غير النفس أو الأعضاء، وذلك في كل جنابة مجسها كما في الكسر أو الرض.

(٢) راجع المبسوط: ٨٨/١٢، البدائع: ١٢٩/٦، تكملة فتح القدير: ١٣٢/٧ وما بعدها، حاشية ابن عابدين: ٥٣٨/٤ وما بعدها، المبسوط: ٨٢/١٢.

(٣) البدائع: ١٢٨/٦، حاشية ابن عابدين: ٥٤١/٤، تكملة فتح القدير، المرجع السابق، المبسوط: ٨٤/١٢.

خامساً- موت أحد العاقدين : إذا مات الموهوب له امتنع الرجوع ؛ لأن الملك انتقل إلى ورثته ، فصار كما إذا انتقل في حياته . وكذا إذا مات الواهب ؛ لأن الملك ينتقل إلى وارثه ، وهو أجنبي ، لم تحدث منه الهبة^(١) .

سادساً- هلاك الموهوب أو استهلاكه : لأنه لا سبيل إلى الرجوع في الهالك ، ولا سبيل إلى الرجوع في قيمته ؛ لأنها ليست بموهوبة ، لعدم ورود العقد عليها ، وقبض الهبة غير مضمون^(٢) .

ماهية الرجوع : لا خلاف في أن الرجوع في الهبة بقضاء القاضي فسخ . واختلف العلماء في الرجوع فيها بالتراضي ، فقال جمهور الحنفية : إنه فسخ أيضاً كالرجوع بالقضاء ، فيجوز في المشاع ، ولا يشترط لصحته القبض .

وقال زفر : إنه هبة مبتدأة ؛ لأن ملك الموهوب عاد إلى الواهب بتراضيها ، فصار يشبه الرد بالعيب ، فيعتبر عقداً جديداً بالنسبة لشخص ثالث غير المتعاقدين .

واستدل جمهور الحنفية بأن الواهب بالفسخ يستوفي حق نفسه ، واستيفاء الحق لا يتوقف على قضاء القاضي ، بخلاف الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء القاضي : إنه يعتبر بيعاً جديداً في حق شخص ثالث (أي غير المتعاقدين) ، لأنه لا حق للمشتري في الفسخ ، وإنما حقه في كون المبيع سالماً من العيوب ، فإذا لم يسلم اختل رضاه^(٣) .

(١) تكملة فتح القدير، المرجع السابق، حاشية ابن عابدين: ٥٣٩/٤ .

(٢) البدائع : ١٢٨/٦ ، حاشية ابن عابدين : ٥٤٢/٤ .

(٣) البدائع : ١٢٤/٦ .

المبحث السادس - عطية الأولاد :

لا خلاف بين جمهور العلماء في استحباب التسوية في العطاء بين الأولاد ، وكراهة التفضيل بينهم في حال الصحة كما قدمنا ، واختلفوا في بيان المراد من التسوية المستحبة .

فقال أبو يوسف من الحنفية ، والمالكية والشافعية وهو رأي الجمهور : يستحب للأب أن يسوي بين الأولاد - الذكور والإناث - في العطية ، فتعطي الأثني مثلاً يعطى الذكر ؛ لقوله ﷺ : « سوا بين أولادكم في العطية ، ولو كنت مؤثراً لأثرت النساء على الرجال »^(١) رواه سعيد بن منصور في سننه والبيهقي بإسناد حسن ، وفي رواية للبخاري : « اتقوا الله واعدوا بين أولادكم »^(٢) ، ولأن العدل في القسمة والمعاملة مطلوب^(٣) ، وقد حملوا الأمر في هذه الأحاديث على الندب .

وقال الحنابلة ، ومحمد من الحنفية : للأب أن يقسم بين أولاده على حسب قسمة الله تعالى في الميراث ، فيجعل للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ لأن الله تعالى قسم بينهم كذلك ، وأولى ما اقتدي به : هو قسمة الله ، ولأن العطية في الحياة أحد حالي العطية ، فيجعل للذكر مثل حظ الأنثيين كحالة الموت ، والميراث المترتب عليه .

(١) ورواه الطبراني في الأوسط عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال : « سوا بين أولادكم في العطية ، فلو كنت مفضلاً أحداً لفضلت النساء » وفي إسناده سعيد بن يوسف ، وهو ضعيف ، وذكر ابن عدي في الكامل أنه لم يرو له أنكر من هذا (راجع التلخيص الحبير : ص ٢٦٠ ، مجمع الزوائد : ٤ / ١٥٣) .

(٢) أخرجه البخاري ومسلم والموطأ وأبو داود والترمذي والنسائي عن النعمان بن بشير قال : « تصدق علي أبي ببعض ماله ، فقالت أمي - عمرة بنت رواحة - : لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ ، فانطلق أبي إلى النبي ليشهده علي صدقتي ، فقال له رسول الله ﷺ : أفعلت هذا بولدك كلهم ؟ قال : لا . قال : اتقوا الله واعدوا في أولادكم ؟ فرجع أبي ، فرد تلك الصدقة » وله روايات أخرى (راجع جامع الأصول : ١٢ / ٢٦٦ وما بعدها ، التلخيص الحبير : ص ٢٦٠ ، سبل السلام : ٣ / ٨٩) .

(٣) تحفة الفقهاء : ٣ / ٢٧٤ ، الطبعة القديمة ، الميزان : ٢ / ١٠٠ ، المهذب : ١ / ٤٤٦ . معني المحتاج : ٢ / ٤٠١ .

يدل لهذا أن العطية استعجال لما يكون بعد الموت ، فينبغي أن تكون على حسبه^(١) .

أما عن حكم التسوية في العطية : فقال جمهور العلماء^(٢) : لا تجب التسوية بل تندب ، فإن فضل بعض الورثة صح وكره ، وحملوا الأمر بالتسوية في الأحاديث على الندب ، وكذلك حملوا النهي الثابت في رواية لمسلم بلفظ « أيسرك أن يكونوا لك في البر سواء ؟ قال : بلى ، قال : فلا إذن » على التنزيه ، فالعدل : هو التسوية بين الأولاد .

وقال جماعة (وهم أحمد والثوري وطاوس وإسحق وآخرون) : تجب التسوية بين الأولاد في العطية أو الهبة ، وتبطل العطية مع عدم المساواة ، عملاً بظاهر الأمر في الأحاديث ، الذي يقتضي الوجوب مثل قوله عليه السلام : « اتقوا الله » وقوله : « اعدلوا بين أولادكم »^(٣) وقوله : « فلا إذن » وقوله في حالة إعطاء بعض دون بعض : « لا أشهد على جور » .

واختلف هؤلاء في كيفية التسوية ، ف قيل بأن تكون عطية الذكر والأنثى سواء وهو ظاهر رواية عند النسائي : « ألا سويت بينهم » وعند ابن حبان : « سووا بينهم » وحديث ابن عباس : « سووا بين أولادكم في العطية ، فلو كنت مفضلاً أحداً لفضلت النساء » .

وقال الحنابلة : بل التسوية أن يجعل للذكر مثل حظ الأنثيين على حسب التوريث .

وروي عن أحمد : أنه يجوز التفاضل إن كان له سبب ، كأن يحتاج الولد

(١) المغني : ٦٠٤/٥ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٣٦٧ ، ط فاس ، غاية المنتهى : ٢٣٥/٢ .

(٢) نيل الأوطار : ٧/٦ ، سبل السلام : ٨٩/٣ ، كشف القناع : ٣٤٢/٤ - ٣٤٥ .

(٣) وهنا الحديث رواه البخاري ومسلم عن النعمان بن بشير (نيل الأوطار : ٦/٦) .

لزمانته المرضية أو لعمى، أو لقضاء دينه، أو كثرة عائلته، أو للاشتغال بالعلم، أو نحو ذلك دون الباقيين^(١).

وقفنا على

(١) أصدرت لجنة الفتوى بالأزهر جواباً عن سؤال حول إمكان التمييز بين الورثة، وتضمنت الفتوى ما يلي:
أولاً- يجب على الوالدين التسوية بين الأولاد في العطية والهدايا والإنفاق، ما استطاعا إلى ذلك سبيلاً، ولا يجوز الخروج عن هذا الأصل إلا لمبرر يأتي، عملاً بالأحاديث السابقة الأمرة بالتسوية.
ثانياً- إذا أنفق أحد الوالدين على أحد الأولاد نفقة ذات قيمة بأن زوجه ودفع له مهر الزوجة، أو أنفق على تعليمه بما أوصله إلى وظيفة ذات غناء، أو جهز إحدى بناته، كان عليه أن يعوض سائر ولده الآخرين بمقدار ما أنفق على ولده الأول.
ثالثاً- يجوز تفضيل بعض الأولاد على بعض لمبرر شرعي، ومن المبررات الشرعية: الماهات المانعة من التكسب كالزمانة، والعمى المانع، والشلل، وكذلك العجز عن التكسب، والاشتغال بالعلم الديني (مجلة الأزهر- العدد الثالث من السنة الرابعة عشرة).

الفصل السابع

الإيداع

خطة الموضوع :

نتكلم عن عقد الإيداع في المباحث الخمسة الآتية :

المبحث الأول - تعريف الإيداع ومشروعيته .

المبحث الثاني - ركن الإيداع وشرائطه .

المبحث الثالث - حكم عقد الإيداع ، وطريقة حفظ الوديعة .

المبحث الرابع - حال الوديعة : هل يد الوديع يد أمانة أم يد ضمان

المبحث الخامس - حالات ضمان الوديعة .

المبحث الأول - تعريف الإيداع ومشروعيته :

الودع في اللغة : الترك ، والوديعة لغة : الشيء الموضوع عند غير صاحبه للحفظ . وشرعاً : تطلق على الإيداع ، وعلى العين المودعة ، والراجح أنها عقد إلا أن الأصح أن يقال : الإيداع عقد ، لا الوديعة عقد ؛ لأن الأرجح أنها عقد . وتعريف الإيداع عند جماعة من شراح الحنفية : هو تسليط الغير على حفظ ماله صريحاً أو دلالة^(١) مثل قول المودع لغيره : أودعتك^(٢) ، فيقبل الآخر ويتم الإيداع صراحة

(١) تكللة فتح القدير : ٨٨/٧ ، حاشية ابن عابدين : ٥١٥/٤ ، مجمع الضمانات : ص ٦٨ .

(٢) أودعتك الشيء من الأضداد ، تطلق على : جعلته عندك وديعة ، وقبلته منك وديعة

عندئذ، أو كأن يجيء رجل بثوب إلى رجل ويضعه بين يديه، ويقول: هذا وديعة عندك، ويسكت الآخر، فيصير مودعاً دلالة.

وعرفه الشافعية والمالكية بقولهم: توكيل في حفظ مملوك، أو محترم مختص، على وجه مخصوص^(١)، فيصح إيداع الخمر المحترمة^(٢)، وجلد ميتة يطهر بالدباغ، وزبل وكلب معلم للصيد. أما غير المختص كالكلب الذي لا يقتني، والثوب الذي طيرته الريح ونحوه، فهذا لا اختصاص فيه؛ لأنه مال ضائع مغاير لحكم الوديعة.

ويقال لدافع الوديعة: مودع - بكسر الدال - ولآخذها: مودع - بفتح الدال - ووديع.

والإيداع مشروع ومندوب إليه لقوله سبحانه: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُوَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ وقوله تعالى: ﴿فَلْيُؤَدِّ الَّذِينَ أُؤْتِنُوا أَمَانَتَهُمْ﴾ وقال ﷺ: «أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»^(٣)، وأجمع العلماء في كل عصر من العصور الإسلامية على جواز الإيداع والاستيداع، ولأن الناس حاجة، بل ضرورة إلى الإيداع^(٤).

(١) مغني المحتاج: ٢/٧٩، قليوبي وعميرة: ٢/١٨٠ شرح التحرير: ص ١٦٧، نهاية المحتاج: ص ٥/٨٧، حاشية الشرقاوي: ٢/٩٦ وما بعدها، حاشية الدسوقي: ٣/٤١٩.

(٢) الخمر المحترمة: هي التي يملكها امرؤ أسلم وكانت عنده، أو ورثها منه وارثه.

(٣) رواه أبو داود والترمذي، وقال: حديث حسن، وأخرجه أيضاً الحاكم وصححه، واستنكره أبو حاتم الرازي وأخرجه جماعة من الحفاظ، فرواه البيهقي ومالك والدارقطني، وأحمد وأبو نعيم من طرق مطعون فيها. وفي موضوعه عن أبي بن كعب عند ابن الجوزي والدارقطني، وعن أبي امامة عند البيهقي والطبراني، وفيها ضعيف، وعن أنس عند الدارقطني والطبراني والبيهقي، وأبي نعيم، وعن رجل من الصحابة عند أحمد وأبي داود والبيهقي وفي إسناده مجهول آخر غير الصحابي، قال الشافعي: هذا الحديث ليس بثابت. قال في نيل الأوطار: ولا يخفى أن وروده بهذه الطرق المعتبرة مع تصحيح إمامين من الأئمة المعتبرين لبعضها، وتحسين إمام ثالث منهم مما يصير به الحديث منتزهاً للاحتجاج به. (راجع التلخيص الجبير: ص ٢٧٠، نيل الأوطار: ٥/٢٩٧، سيل السلام: ٢/٦٨).

(٤) المراجع السابقة، المغني لابن قدامة: ٦/٢٨٢، المبسوط: ١١/١٠٩.

المبحث الثاني - ركن الإيداع وشرائطه :

ركن الإيداع عند الحنفية هو الإيجاب والقبول . وهو أن يقول لغيره : أودعتك هذا ، أو احفظ هذا الشيء لي ، أو خذ هذا الشيء وديعة عندك ، ونحو ذلك ويقبله الآخر^(١) .

وأركانه عند الجمهور أربعة^(٢) : عاقدان (مودع ووديع) ، ووديعة (الشيء المودع) وصيغة (إيجاب وقبول) والقبول إما أن يكون لفظاً مثل : قبلت ، أو دلالة كمن يضع ماله عند شخص فيسكت ، فيكون السكوت قائماً مقام القبول كالمعاطاة في البيع .

شرائط الركن :

يشترط عند الحنفية في العاقدين : العقل ، فلا يصح الإيداع من الصبي الذي لا يعقل ، والمجنون ، كما لا يصح قبول الوديعة من المجنون والصبي الذي لا يعقل ، ولا يشترط البلوغ ، فيصح الإيداع من الصبي المأذون في التجارة ؛ لأن ذلك مما يحتاج إليه التاجر ، كما يصح قبول الوديعة من الصبي المأذون ؛ لأنه من أهل الحفظ . وأما الصبي المحجور عليه فلا يصح قبول الوديعة منه ؛ لأنه لا يحفظ المال عادة^(٣) .

ويشترط عند الجمهور في الإيداع ما يشترط في الوكالة من البلوغ والعقل والرشد .

ويشترط في الوديعة : أن يكون المال قابلاً لإثبات اليد عليه ، فلو أودع الآبق أو الطير في الهواء أو المال الساقط في البحر : لم يضمن^(٤) .

(١) البدائع : ٢٠٧/٦ ، جمع الضمانات : ص ٦٨ .

(٢) الشرح الكبير : ٤١٩/٢ ، مغني المحتاج : ٨٠/٣ ، كشاف القناع : ١٨٦/٤ ، غاية المنتهى : ٢٦٩/٢ . قال الشافعية : الأصح أنه لا يشترط في الوديع القبول لفظاً ، ويكفي القبض للوديعة ، كما في الوكالة بل أولى ، عقاراً كانت أو منقولاً .

(٣) البدائع : المرجع السابق .

(٤) حاشية ابن عابدين : ٥١٦/٤ .

المبحث الثالث - حكم عقد الإيداع وطريق حفظ الوديعة :

حكم عقد الإيداع : لزوم الحفظ للمالك ؛ لأن الإيداع من جانب المالك استحفاظ وائتمان ، ومن جانب الوديع التزام بالحفظ ، فيلزمه الحفظ ، لقوله عليه السلام : « المسلمون عند شروطهم »^(١) .

إيداع رجلين من رجل : لو أودع رجلان عند رجل وديعة ، وغابا ثم حضر أحدهما وطلب نصيبه ، فليس له أن يدفع إليه حصته ، حتى يحضر الآخر ، وقال صاحبان : للوديع أن يقسم الوديعة ، ويدفع إلى أحد المودعين نصيبه ، ولا يكون ذلك قسمة على الغائب ، حتى إنه لو هلك النصف الباقي في يد الوديع ، كان للغائب أن يشارك القابض فيما قبض .

دليلهما : أن أحد المودعين طالب الوديع بدفع نصيبه ، فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك .

واستدل لأبي حنيفة : بأنه لا نسلم أن أحد المودعين طالب بتسليم نصيبه ، بل بدفع نصيب الغائب ؛ لأنه يطالب بالنصيب المفرز ، وحقه ليس فيه ، وإنما في المشاع ، وهو كل الوديعة ، والمفرز المعين منها يشتمل على الحقين ، ولا يتميز حقه إلا بالقسمة ، وليس للوديع ولاية القسمة ؛ لأنه ليس بوكيل في ذلك ، بخلاف الدين المشترك ؛ لأن الشريك يطالب المديون بتسليم حقه أي بقضاء حقه ، وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بين الدائنين ؛ لأن الديون تقضى بأمثالها ، والمثل مال

(١) هذا جانب من حديث : « الصلح جائز بين المسلمين » الذي روي عن أبي هريرة وعمرو بن عوف . فحديث أبي هريرة أخرجه أبو داود قال : قال رسول الله ﷺ : « الصلح جائز » إلخ . ورواه ابن حبان والحاكم . وحديث عمرو بن عوف أخرجه الترمذي وصححه وابن ماجه أن رسول الله ﷺ قال : « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً » زاد الترمذي « والمسلمون على شروطهم ، إلا شرطاً أحل حراماً ، أو حرم حلالاً » وقال : حديث صحيح ، ورواه بتامه الحاكم في المستدرک ، وسكت عنه (راجع نصب الرأية : ١١٢/٤ ، سبل السلام : ٥٩/٣) .

المديون ليس بمشترك بين الدائنين ، فلا يكون هذا تصرفاً في حق الغير ، بل يكون المدين متصرفاً في مال نفسه ، فيجوز^(١) .

إيداع رجل من رجلين : لو أودع رجل عند رجلين وديعة مما يقسم ، فلها أن يقسمها ، ويأخذ كل واحد نصفه للحفظ ؛ لأن المالك رضي بحفظها ، ولم يرض بحفظ أحدهما لكل الوديعة .

ولو دفع أحدهما الوديعة كلها إلى صاحبه ، ضمن النصف عند أبي حنيفة ؛ لانه رضي بحفظها ، لا بحفظ أحدهما ؛ لأن الأصل أن فعل الاثنين إذا أضيف إلى ما يقبل التجزئة ، تناول البعض ، فإذا سلم أحدهما الكل إلى الآخر ، ولم يرض المالك به ، ضمن .

وقال الصحابان : لا يضمن ؛ لأنه رضي بأمانتها ، فكان لكل واحد منها أن يسلم إلى الآخر ، ولا يضمنه ، كما هو الشأن فيما لا يقسم .

واتفقوا على أن الوديعة إذا كانت لا تقسم ، لا تضمن ؛ لأنه لا يمكن حفظها إلا في مكان واحد ، فكان المالك راضياً بحفظ أحدهما لعلمه أنها لا يجتمعان عليه أبداً^(٢) .

طريقة حفظ الوديعة : اختلف العلماء في طريقة حفظ الوديعة ، فقال الحنفية والحنابلة : على الوديع أن يحفظ الوديعة ، كما يحفظ به ماله في حرز مثله ، وذلك بيده أو بيد من هو في عياله^(٣) ممن تلزمه نفقته ، كأمراته وولده وغلामه وخادمه ؛ لأن حفظها بهؤلاء مثلاً يحفظ به ماله ، فأشبهه ماله وحفظها بنفسه .

وله عند الحنفية أن يحفظ الوديعة أيضاً بيد من ليس في عياله ، ممن يحفظ عنده

(١) تكللة فتح القدير: ٩٤/٧ وما بعدها، المبسوط: ١٢٣/١١، مجمع الضمانات: ص ٧٨.

(٢) تكللة فتح القدير: ٩٦/٧، مجمع الضمانات: ص ٧٨، الكتاب مع اللباب: ١٩٩/٢.

(٣) وهو الذي يسكن معه ويمونه، فيكفيه طعامه وشرابه وكسوته، كائناً من كان، قريباً أم أجنبياً كولدته وأمراته، وخادمه، وأجيريه.

ماله بنفسه عادة كشريكة المفاوض والعنان ، لا المستأجر مياومة^(١) . فإن حفظ الوديع الوديعة عند غير هؤلاء قتلقت ، ضمنها ؛ لأن المالك رضي بيده لا بيد غيره والأيدي تختلف في الأمانة إلا أن يقع في دار الوديع حريق ، فيسلها إلى جاره أو يكون الوديع في سفينة وهاجت الريح وصار بحيث يخاف الغرق ، فيلقياها إلى سفينة أخرى ، فله ذلك لأنه إجراء تعين طريقاً للحفظ في هذه الحالة ، فيرتضيها المالك . ولا يصدق الوديع على ذلك إلا بيينة ؛ لأنه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق سبب الضمان .

وقال المالكية : للوديع حفظها عند عياله الذين يأمنهم كالزوجة والابن والأجير الذين اعتيد حفظ ماله عندهم بأن طالت إقامتهم عنده ، ووثق بهم بالتجربة ، بخلاف مالم يعتادوا ذلك كالزوجة إثر تزوجه بها ، والأجير إثر استئجاره^(٢) .

وقال الشافعية : على الوديع أن يحفظ الوديعة بنفسه ، ولا يجوز حفظها عند زوجته أو ولده بلا إذن من المودع ، أو إذا لم يكن هناك عذر بذلك ؛ لأن المودع لم يرض بأمانة غير هذا الوديع لا بيد غيره . فإن خالف الوديع طريق الحفظ ضمن ، إلا إذا كان الايداع لعذر كمرض أو سفر ، فإنه لا يضمن^(٣) .

المبحث الرابع - حال الوديعة : هل هي أمانة أم مضمونة :

اتفق علماء المذاهب على أن الوديعة قرينة مندوب إليها ، وأن في حفظها ثواباً ، وأنها أمانة محضة ، لا مضمونة ، وأن الضمان لا يجب على الوديع إلا بالتعدي أو

(١) المبسوط : ١١/١٠٩ ، تكملة فتح القدير : ٧/٨٩ ، مجمع الضمانات : ص ٧٧ ، البدائع : ٦/٢٠٧ ، المغني : ٦/٢٨٥ ، الكتاب مع اللباب : ٢/١٩٧ .

(٢) حاشية الدسوقي : ٣/٤٢٣ ، بداية المجتهد : ٢/٣٠٧ .

(٣) مغني المحتاج : ٣/٨١ ، المهذب : ٢/٣٦١ .

التقصير، لقوله عليه الصلاة والسلام: « ليس على المستودع غير المغل ضمان^(١) » وقوله « لا ضمان على مؤتمن^(٢) » واشترط الضمان على الأمين باطل، وهو المفتى به عند الحنفية .

ويترتب عليه أنه يجب ردها عند طلب المالك مع الإمكان، لقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ .

فإذا طالب المالك الوديعة بها، فقال: « ما أودعتني شيئاً » ثم قال بعدئذ: ضاعت، فيضمن، لخروجه عن حد الأمانة، وإذا قال: ما تستحق عندي شيئاً، ثم قال: ضاعت، كان القول قوله بيمينه . ويترتب عليه أنه يجب أداء الوديعة إلى نفس المالك؛ لأن الله تعالى أمر بأداء الأمانات إلى أهلها، فلو ردها إلى منزل المالك، من غير حضرته، أو دفعها إلى من هو في عيال المالك يضمن؛ لأنه لم يرض بيد عياله حيث أودع عند غيره . بخلاف العارية والإجارة: لو رد المستعار أو العين المؤجرة إلى بيت المالك أو إلى من في عياله: لا يضمن، لعادة الناس الجارية في رد المستعار ونحوه، حتى لو كانت العارية شيئاً نفسياً كعقد جوهر ونحوه، يضمن، لعدم جريان العادة به .

ويترتب عليه أيضاً أن القول قول الوديعة في التلف والرد على الإطلاق مع يمينه على التفصيل الآتي^(٣):

- (١) أخرجه الدارقطني والبيهقي في سننهما عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال: « ليس على المستودع غير المغل ضمان، ولا على المستعير غير المغل ضمان » المغل: الخائن . قال الحافظ ابن حجر: وفي إسناده ضعيفان . قال الدارقطني: وإنما يروى هذا من قول شريح غير مرفوع . ورواه من طريق أخرى ضعيفة بلفظ « لا ضمان على مؤتمن » (راجع نصب الراية: ٤/١١٥، التلخيص الحبير: ص ٢٧٠، نيل الأوطار: ٥/٢٩٦) .
- (٢) رواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وفي إسناده ضعف (نيل الأوطار: ٥/٢٩٦)
- (٣) البدائع: ٦/٢١٠، تكملة فتح القدير: ٧/٨٩، الكتاب مع اللباب: ٢/١٩٦، مجمع الضمانات: ص ٦٨، ٨٧، ٨٩، حاشية ابن عابدين: ٤/٥١٦، مغني المحتاج: ٢/٨١، قليوبي وعميرة: ٣/١٨٢، المغني: ٦/٢٨٢ .

تعارض الادعاءات والبيانات :

إذا اختلف المودع مع الوديع ، فقال الوديع : هلكت الوديعة عندي أو « رددتها إليك » وأنكر المودع ، وقال : « لا ، بل أتلفتها » فالقول قول الوديع ، لأنه أمين في الحفظ ، ولكن مع اليقين ، كما بينا .

فإن أقام المودع البينة على الإلتلاف : يضمن الوديع ، وكذا إذا استحلّف الوديع على الإلتلاف ، فنكل . فلو أقام المودع البينة على أن الوديع أتلفها ، وأقام الوديع البينة على أنها هلكت بنفسها ، فبينة المودع أولى ؛ لأنها أكثر إثباتاً ؛ لأن فيها إثبات الهلاك وزيادة عليه وهو التعدي . فإذا أقام الوديع البينة على إقرار المودع أنها هلكت ، تقبل بينته ، ويكون هذا الإثبات تكديماً لبينة المودع .

المبحث الخامس - حالات ضمان الوديعة :

يتغير حال الوديعة من الأمانة إلى الضمان بمجالات ، هي ^(١) :

١- ترك الوديع الحفظ : لأنه بالعقد التزم حفظ الوديعة على وجه لو ترك حفظها حتى هلكت ، يضمن بدلها بطريق الكفالة ، فلو رأى انساناً يسرق الوديعة ، وهو قادر على منعه ضمن ، لترك الحفظ الملتزم بالعقد .

٢- ايداع الوديع عند من ليس في عياله ، ولا هو ممن يحفظ ماله بيده عادة :

إذا أخرج الوديع الوديعة من يده ، وأودعها عند غيره بغير عذر ، يصير ضامناً ؛ لأن المودع ارتضى بحفظ الوديع الأول ، دون حفظ غيره إلا إذا كان هناك عذر فلا يضمن ، كأن وقع في داره حريق ، أو كان في سفينة فخاف الغرق ، فدفعها إلى غيره ؛

(١) البدائع : ٢١١/٦ وما بعدها ، تكلّة فتح القدير : ٩١/٧ وما بعدها ، المبسوط : ١١٢/١١ ، جمع الضمانات :

لأن الدفع إليه في هذه الحالة تعين طريقاً للحفظ ، فكان الدفع بإذن المالك دلالة^(١) .
وإذا أودعها عند شخص آخر بغير عذر ، فهلكت أو ضاعت وهي في يد الثاني ،
فالضمان على الأول ، لا على المودع الثاني عند أبي حنيفة والحنابلة^(٢) ؛ لأن الثاني محسن
إلى المالك بصيانة الوديعة عن أسباب الهلاك ، والله سبحانه يقول : ﴿ ما على المحسنين
من سبيل ﴾ وأما المودع الأول فهو مخصوص عن النص .

وقال الصحابان : المالك بالخيار ، إن شاء ضمن الأول ، وإن شاء ضمن الثاني ،
فإن ضمن الأول ، لا يرجع بالضمان على الثاني ؛ لأنه ملك الوديعة بأداء الضمان ، وإن
ضمن الثاني يرجع به على الأول ؛ لأن الأول غره بالإيداع ، فيلزمه ضمان الغرور .
وسبب التخيير هو أنه وجد من كل منهما سبب لوجوب الضمان فيخير المالك . أما
الأول : فلأنه دفع مال الغير إلى غيره بغير إذنه ، وأما الثاني : فلأنه قبض مال الغير
بغير إذنه .

وأما إذا استهلك المودع الثاني الوديعة ، فالمالك بالخيار : إن شاء ضمن الأول
وإن شاء ضمن الثاني بالاتفاق ، غير أنه إن ضمن الأول يرجع بالضمان على الثاني ، وإن
ضمن الثاني لا يرجع بالضمان على الأول ؛ لأن سبب وجوب الضمان وجد من الثاني
حقيقة وهو الاستهلاك ، ولم يوجد من الأول إلا الدفع إلى الثاني على طريق
الاستحفاظ^(٣) .

والقاعدة عند جمهور الحنفية : أن الوديعة إذا صارت مضمونة ، ثم أزيل سبب
الضمان ، كأن يسترد الوديع الأول من المودع الثاني الوديعة ، ويحفظها بنفسه أو نحو
ذلك مما سيأتي ، فإنه يبرأ عن الضمان ؛ لأنه في عودته لحالته الأولى يعتبر وديعاً ،

(١) البدائع : ٢٠٨/٦ ، تكملة فتح القدير : ٩١/٧ ، المبسوط : ١٢٥/١١ ، ١٢٢ ، حاشية ابن عابدين : ٥١٦/٤ .

(٢) القواعد لابن رجب : ص ٢١٧ .

(٣) المراجع السابقة عند الحنفية .

والوديعة إذا هلكت الوديعة بدون سبب منه لا ضمان عليه^(١). هذا بخلاف المستأجر والمستعير، إذا خالفا، ثم تركا الخلاف بقي الضمان.

والقاعدة عند زفر والشافعي وبقية الأئمة أن الوديعة متى صارت مضمونة بانتفاع وغيره مما سيأتي، ثم ترك الوديعة الخيانة، لم يبرأ من الضمان؛ لأن الوديعة لما صارت مضمونة، فقد ارتفع العقد، لتغير طبيعته، فلا يعود إلا بالتجديد، ولم يوجد، فصار كما لو جحد الوديعة، ثم أقر بها^(٢).

٣- استعمال الوديعة: إذا انتفع الوديعة كركوب الدابة ولبس الثوب، فإنه يصير ضامناً، فإن ترك الاستعمال، فقال جمهور الحنفية كما عرفنا من قاعدتهم: لا ضمان عليه؛ لأنه ممسك لها يأذن مالكةا، فأشبهه ما قبل الاستعمال^(٣).

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: إذا تلفت الوديعة بعد استعمالها يضمنها، ولو كان التلف بسبب سماوي؛ لأنه بالتعدي في الاستعمال قد ارتفع حكم الوديعة وبطل الاستئمان، فصار كما لو جحد الوديعة ثم أقر بها، فلا يبرأ من الضمان إلا بالرد على المالك، كما قررنا^(٤).

٤- السفر بالوديعة: قال أبو حنيفة: للوديعة أن يسافر بالوديعة إذا كان الطريق آمناً، ولم ينه صاحب الوديعة، بأن كان العقد مطلقاً؛ لأن الأمر بحفظ الوديعة صدر مطلقاً عن تعيين المكان، فلا يجوز التعيين إلا بدليل، وعلى هذا فلو سافر فتلفت الوديعة لا يضمن.

(١) البدائع: ٢١٢/٦، تكله فتح القدير: ٩٢/٧، مجمع الضمانات: ص ٧٣، ٧٦ وما بعدها.

(٢) مغني المحتاج: ٩٠/٣.

(٣) البدائع: ٢١١/٦، المبسوط: ١٢٣/١١.

(٤) مغني المحتاج، المرجع السابق: ٨٨/٣، المهذب: ٣٦٢/١، حاشية الدسوقي: ٤٢٠/٤، ٤٢٧، القوانين الفقهية:

ص ٣٧٤، المغني: ٤٠١/٦.

وقال الصحبان: إن كان للوديعة حمل ومؤنة، لا يملك المسافرة بها؛ لأن في المسافرة بما له حمل ومؤنة ضرراً بالمالك، لجواز أن يموت الوديع في السفر، فيحتاج المالك إلى الاسترداد من موضع يكلفه حملاً ومؤنة عظيمة، فيتضرر به، بخلاف ما إذا لم يكن لها حمل ومؤنة^(١).

وقال المالكية: ليس للوديعة أن يسافر بالوديعة، إلا أن تعطى له في سفر، فإذا أراد السفر، فله إيداعها عند ثقة مؤتمن من أهل البلد، ولا ضمان عليه، سواء قدر على دفعها إلى الحاكم، أو لم يقدر^(٢).

وقال الشافعية والحنابلة: ليس للوديعة المسافرة بالوديعة، فإن أراد السفر ردها إلى صاحبها أو وكيله إن قدر على الرد، فإن لم يقدر، كأن لم يجد صاحبها سلمها إلى الحاكم؛ لأنه متبرع بإمساكها، فلا يلزمه استدامته، والحاكم يقوم مقام صاحبها عند غيبته، فإن سافر بها ضمن؛ لأنه عرضها للضياع، والحرز في السفر دون حرز الحضر، سواء أكان الطريق آمناً أم مخوفاً^(٣)، وقال عليه السلام «إن المسافر وماله لعلى قلت إلا ما وقى الله» أي على خطر الهلاك^(٤).

٥- جحود الوديعة: إذا طلب المودع الوديعة فجحدها الوديع، أو حبسها

(١) البدائع: ٢٠٩/٦، تكملة فتح القدير: ٩٣/٧، حاشية ابن عابدين: ٥٢١/٤، المبسوط: ١٢٢/١١، مجمع الضمانات: ص ٦٩.

(٢) بداية المجتهد: ٣٠٧/٢، حاشية الدسوقي: ٤٢١/٣، ٤٢٣.

(٣) مغني المحتاج: ٨٢/٣ وما بعدها، المهذب: ٣٦١/١، القاموس المحيط: ١٨٣/١.

(٤) رواه السلفي في أخبار أبي العلاء المعري عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «لو علم الناس رحمة الله بالمسافر، لأصبح الناس وهم على سفر، إن المسافر ورحله على قلت إلا ما وقى الله» قال الخليل: والقلت: الهلاك. قال ابن حجر: وكذا أسنده أبو منصور الديلمي في مسند الفردوس من هذا الوجه من غير طريق المعري. وكذا ذكره القاضي النهرواني في كتاب المجلس والأنيس بعد أن ذكره مرفوعاً عن النبي ﷺ، لكنه لم يسق له إسناداً. وقد أنكره النووي في شرح المهذب، فقال: ليس هذا خيراً عن النبي ﷺ، وإنما هو من كلام بعض السلف، قيل: إنه علي بن أبي طالب (راجع التلخيص الحبير: ص ٢٧١، كشف الخفا للعجلوني: ص ٢٥٥).

عنه وهو يقدر على تسليمها ضمن؛ لأنه لما طالبه بالرد، فقد عزله عن الحفظ، فيكون بعدئذ بالإمسك غاصباً مانعاً، فيضمنها إذا أقام المودع البينة على الإيداع أو نكل المودع عن اليمين أو أقر به. فإن جحد ثم عاد إلى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد.

ولو جحد الوديعة ثم أقام المودع البينة على هلاكها فثلاثة أوجه: إن أقام البينة على أنها هلكت بعد الجحود أو مطلقاً لا ينتفع ببينته؛ لأن العقد ارتفع بالجحود، أو عنده، فيضمن. وإن أقام البينة على أنها هلكت قبل الجحود تسمع بينته، ولا ضمان عليه؛ لأن الهلاك قبل الجحود يؤدي إلى انتهاء العقد.

ولو ادعى الهلاك قبل الجحود، ولا بينة له، وطلب اليمين من المودع حلفه القاضي «بالله تعالى ما أعلم أنها هلكت قبل جحوده» فإن حلف، يقضى بالضمان، وإن نكل، يقضى بالبراءة^(١).

٦- خلط الوديعة بغيرها: إذا خلط المودع الوديعة بمال نفسه فإن كان يمكن التمييز بينها، لاشيء عليه ويميز. وإن كان لا يمكن التمييز، يضمن المثل عند أبي حنيفة؛ لأن الخلط إتلاف للوديعة من حيث المعنى. وكذلك إذا كانت وديعتان كدراهم مثلاً، فخلط إحداهما بالأخرى، يضمن مثلها لكل منهما عنده.

وكذا في سائر المكيلات والموزونات إذا خلط الجنس بالجنس خلطاً لا يميز، كالحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، أو بغير جنسه كخلط الحنطة بالشعير، يضمن عند أبي حنيفة لكل واحد مثل حقه، دليhle: أنه لما خلطها خلطاً لا يميز، فقد عجز

(١) المبسوط: ١١٦/١١ وما بعدها، البدائع: ٢١٢/٦، تكملة فتح القدير: ٩٣/٧، مجمع الضمانات: ص ٨٤ وما بعدها.

كل منهما عن الانتفاع بالخلوط ، فكان الخلط منه إتلافاً للوديعة لكل واحد منها فيضمن .

وقال الصحبان في كل ما سبق : المالك بالخيار إن شاء ضمن الوديعة مثل حقه ، وإن شاء أخذ نصف الخلوط أو باعه المالكان وقبضا الثمن ، دليلهما : أن الوديعة قائمة بعينها ، لكن عجز المالك عن الوصول إليها بعراض الخلط^(١) .

ولو مات الوديعة ولم يبين الوديعة ، فإن كانت معروفة وهي قائمة ، ترد إلى صاحبها ؛ لأن هذا عين ماله و « من وجد عين ماله ، فهو أحق به » على لسان الرسول ﷺ^(٢) ، وإن لم تعرف بعينها ، يضمن ، وتكون ديناً في تركته لأنه لما مات مجهلاً الوديعة فقد أتلفها معنى . وعلى هذا فالأمانات تصبح مضمونة بالموت عن تجهيل إلا في ثلاثة أحوال :

- ١- إذا مات ناظر الوقف مجهلاً غلات الوقف .
- ٢- إذا مات القاضي مجهلاً أموال اليتامى عند من أودعها أو عنده .
- ٣- إذا مات الحاكم ولم يبين عند من أودع بعض الغنائم الحربية ، ونحو ذلك^(٣) .

والأئمة الآخرون قالوا مثل قول أبي حنيفة : إذا تعذر التمييز بين الوديعة وغيرها أو تعسر كخلط الدراهم بالدراهم ، والدهن بالدهن ، والزيت بالزيت ، والسمن بغيره ، سواء خلطها بمتلها ، أو دونها أو أجود منها ، من جنسها ، أو من غير جنسها ، فيضمنها الوديعة ؛ لأن المودع لم يرض بذلك . إلا أن المالكية قالوا : إذا كان الخلط

(١) البسوط : ١١٠/١١ ، تكللة فتح القدير : ٩٢/٧ ، البدائع : ٢١٢/٦ . حاشية ابن عابدين : ٥١٩/٤ . مجمع الضمانات : ص ٨٣ وما بعدها ، ٨٧ .

(٢) رواه أحمد وأبو داود والنسائي عن الحسن عن سمرة قال : قال رسول الله ﷺ : « من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به ، ويتبع البيع من باعه » وفي لفظ : « إذا سرق من الرجل متاع ، أو ضاع منه ، فوجده بيد رجل بعينه فهو أحق به ، ويرجع المشتري على البائع بالثمن » رواه أحمد وابن ماجه (راجع نيل الأوطار : ٢٤٠/٥) .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم : ٦٧/٢ ، فتح القدير : ٢٧/٥ .

بالمثل كخلط الحنطة بمثلها ، والدنانير بمثلها ، فلا يضمن الوديع ، إذا كان الخلط بقصد الإحراز والحفظ والرفق ، وإلا ضمن .

وأما إذا لم يتعذر التمييز بين الوديعة وغيرها ، كخلط الدراهم بالدنانير أو الجيد بالرديء ، فإن الوديع لا يضمن شيئاً ، إلا إذا حدث بالخلط نقص في القيمة ، فيضمن عند الشافعية والحنابلة^(١) .

٧- مخالفة شرط المودع في حفظ الوديعة : إذا شرط المودع على الوديع حفظ الوديعة في مكان معين كدار أو بيت أو صندوق ، فنقلها إلى مكان آخر بدون عذر ، فقال الحنفية وغيرهم من الأئمة :

إذا نقلها إلى حرز دون الحرز السابق في الحفظ يضمن ، وإن نقلها إلى مكان مماثل للحرز السابق ، أو أحرز منه ، فلا يضمن .

أما إذا أمره بحفظ الوديعة في مكان ، ونهاه عن حفظها في مكان آخر ، كأن قال له : احفظها في هذه الدار ، ولا تحفظها في دار أخرى .

فقال الحنفية والمالكية والشافعية : إذا نقلها إلى الدار الأخرى ، وكانت مماثلة للدار الأولى في الحرز ، أو أحرز منها ، فلا يضمن ؛ لأن التقيد غير مفيد^(٢) ، فإن نقلها من بلد إلى بلد ضمنها عند المالكية .

وقال الحنابلة في الأرجح عندهم : يضمن سواء نقلها إلى مثل المكان أو دونه أو فوّه ، لأنه خالف صاحب الوديعة لغير فائدة ولا مصلحة ، ولا يجوز تفويت غرض رب الوديعة من تعيينه المكان من غير ضرورة . ولكن إن خاف عليها في موضعها فعليه نقلها ، فإن تركها قتلت ضمنها ؛ لأن نهي صاحبها عن نقلها إنما كان لحفظها ،

(١) حاشية الدسوقي : ٤٢٠/٣ ، مغني المحتاج : ٨٩/٣ ، المهذب : ٢٦١/١ ، المغني : ٢٨٣/٦ ، ٢٨٧ .

(٢) المبسوط : ١٢١/١١ ، تكملة فتح القدير : ٩٧/٧ ، مجمع الضمانات : ص ٦٩ وما بعدها ، البدائع : ٢١٠/٦ ، حاشية الدسوقي : ٤٢٣/٣ ، حاشية الشرقاوي : ٩٩/٢ ، المهذب : ٣٥٩/١ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٨٤/٣ ، ٨٦ .

وحفظها هنا في نقلها، فأشبه ما لو لم ينهه عن نقلها^(١).

وإذا قال صاحب الوديعة للوديع: « لا تسلمها إلى زوجتك » فسلمها إليها وهلكت، لم يضمن عند الحنفية؛ لأنه لا يجد بدءاً من التسليم، فإنه إذا خرج، كان البيت وما فيه مسلماً إليها، فلا يمكنه الحفظ مع مراعاة هذا الشرط وإن كان مفيداً^(٢).

وبه يتبين أن أسباب ضمان الوديعة عند المالكية^(٣) ستة هي:

١- إيداع الوديعة عند غير الوديع لغير عذر، حتى ولو استردها بعدئذ فضاقت.

٢- نقل الوديعة من بلد إلى بلد، بخلاف نقلها من منزل إلى منزل.

٣- خلط الوديعة بما لا يتميز عنها بما هو غير مماثل لها كخلط القمح بالشعير، فإن خلطها بما تنفصل عنه، لم يضمن.

٤- الانتفاع بالوديعة، فلو لبس الثوب أو ركب الدابة فهلكت في حال الانتفاع، ضمن، وكذا إن تسلف الدنانير والدرهم أو ما يكال أو يوزن، فهلك في تصرفه فيه.

٥- التضييع والإتلاف بأن يلقيه في مضيعة أو يدل عليها سارقاً.

٦- المخالفة في كيفية الحفظ، مثل أن يأمره ألا يقفل عليها، فقفل، فإنه يضمن. وكذلك قال الشافعية^(٤) قريباً من مذهب المالكية: إن أسباب الضمان ستة:

(١) المغني: ٦/ ٣٨٧ وما بعدها.

(٢) الكتاب مع اللباب: ٢/ ٢٠٠.

(٣) القوانين الفقهية: ص ٣٧٤.

(٤) تحفة الطلاب: ص ١٦٧.

- ١- إيداع الوديعة عند غيره بلا إذن ولا عذر له .
- ٢- وضعها في غير حرز مثلها .
- ٣- نقلها إلى دون حرز مثلها .
- ٤- إهمال حفظها الواجب عليه بالتزامه ، كما لو ترك علف دابة فماتت .
- ٥- العدول عن الحفظ المأمور به مع تلفها بذلك .
- ٦- الانتفاع بها ، كما لو لبس الثوب أو ركب الدابة لغير غرض المالك ، فإنه يضمن لتعديده ، كما يضمن كل أنواع التعدي عليها . ومتى صارت مضمونة بانتفاع أو غيره ، ثم ترك الحيانة ، لم يبرأ إلا أن يحدث المالك له استئماناً .

وقال الحنابلة^(١) : تضمن الوديعة بما يلي :

- ١- إيداعها عند غيره بلا عذر .
 - ٢- إهمال حفظها أو دلالة لص عليها .
 - ٣- المخالفة في كيفية الحفظ المتفق عليه ولو أنه حرز مثلها .
 - ٤- خلطها بغيرها خلطاً لا يتميز .
 - ٥- الانتفاع بها . ومتى خان لا تعود وديعة بغير عقد متجدد .
- أحكام فرعية للوديعة :** ذكر ابن جزى المالكي طائفة من أحكام الفروع الفقهية في الوديعة هي ما يأتي^(٢) :

أولاً- الاتجار بالوديعة : من اتجر بمال الوديعة ، فالربح له حلال . وقال أبو حنيفة : الربح صدقة . وقال قوم : الربح لصاحب المال .

ثانياً- سلف الوديعة : من أقرض الوديعة ، فإن كانت عيناً كره ، وأجازه أشهب إن كان له وفاء بها ، وإن كانت عروضاً لم يجز ، وإن كانت مما يكال أو يوزن

(١) غاية المنتهى : ٢٦٩/٢ - ٢٧٢ ، الإفصاح : ص ٢٦٨ وما بعدها .

(٢) القوانين الفقهية : ص ٣٧٤ وما بعدها .

كالطعام، ففيه قولان مفرعان على موضوع: هل يلحق الطعام بالنقد أو بالعروض؟

ثالثاً- الاختلاف في الوديعة: إذا طُلب الوديع بالوديعة، فادعى التلف، فالقول قوله مع يمينه، وكذلك إذا ادعى الرد، إلا أن يكون قبضها بينة، فلا يقبل قوله في الرد إلا بينة. وقال ابن القاسم وأبو حنيفة والشافعي: إن القول قوله وإن قبضها بينة.

رابعاً- طلب الأجرة على حفظ الوديعة: إذا طلب الوديع أجرة على حفظ الوديعة، لم يكن له ذلك، إلا أن تكون مما يشغل منزله، فله كراؤه. وإن احتاجت إلى غلق أو قفل فهو على صاحبها.

خامساً- الجحود المماثل لوديعة أخرى: إذا أودع شخص وديعة عند آخر، فخانه وجحده، ثم إن المودع استودع الوديع الأول مثلها، فهل له أن يجحده فيها؟ المشهور عند المالكية المنع، وقيل: بالكراهة، وقيل بالإباحة.

الفصل الثامن الإعارة

خطة الموضوع :

الكلام في عقد الإعارة يشتمل على المباحث الأربعة التالية :

المبحث الأول - تعريف الإعارة ومشروعيتها .

المبحث الثاني - ركن الإعارة وشروطها .

المبحث الثالث - حكم عقد الإعارة .

المبحث الرابع - حال العارية ، هل هي مضمونة أم أمانة .

المبحث الأول - تعريف الإعارة ومشروعيتها :

العارية : بتشديد الياء ، وقد تخفف ، والأول أفصح وأشهر . وهي اسم لما يعار ، أو لعقد العارية : مأخوذة من عار إذا ذهب وجاء ، وقيل : من التعاور أي التداول أو التناوب . وقال الجوهري : كأنها منسوبة إلى العار ؛ لأن طلبها عار وعيب ، واعترض عليه بأنه عَلَيْهِ السَّلَامُ فعلها ، ولو كانت عاراً وعيباً ما فعلها^(١) .

وعرف السرخسي والمالكية الإعارة بأنها : تمليك المنفعة بغير عوض . سميت إعارة : لتعريفها عن العوض^(٢) . وعرفها الشافعية والحنابلة^(٣) بأنها إباحة المنفعة بلا

(١) معني المحتاج : ٢٦٢/٢ ، تكملة فتح القدير : ٩٩/٧ وما بعدها ، حاشية ابن عابدين : ٥٢٤/٤ .

(٢) المبسوط : ١٣٣/١١ ، القوانين الفقهية : ٣٧٢/ .

(٣) معني المحتاج : ٢٦٤/٢ ، كشاف القناع : ٦٧/٤ .

عوض . فهي تختلف عن الهبة بأنها واردة على المنافع ، أما الهبة فتد على عين المال ، والفرق بين التعريفين أن الأول يفيد التملك ، فلمستعير إعاره الشيء لغيره ، والثاني يفيد الإباحة ، فليس له إعاره الشيء لغيره ، أو إجارته .

والإعارة قرينة مندوب إليها ، لقوله تعالى : ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ﴾ ، وفسر جمهور المفسرين قوله تعالى : ﴿ ويمنعون الماعون ﴾ بما يستعيره الجيران بعضهم من بعض ، كالدلو والفأس والإبرة ، ونحوها^(١) . وفي الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم استعار فرساً من أبي طلحة فركبه^(٢) . وفي رواية لأبي داود بإسناد جيد أنه صلى الله عليه وسلم استعار درعاً من صفوان بن أمية يوم حنين ، فقال : أغصباً يا محمد ؟ فقال : بل عارية مضمونة^(٣) .

المبحث الثاني - ركن الإعارة وشرائطها :

ركن الإعارة عند الحنفية : هو الايجاب من المعير . وأما القبول من المستعير فليس بركن عند جمهور الحنفية استحساناً . والقياس أن يكون ركناً وهو قول زفر كما

(١) معني المحتاج ، المرجع السابق ، المهذب : ٣٩٢/١ وما بعدها ، المعني : ٢٠٣/٥ .

(٢) رواه أحمد والشيخان عن أنس بن مالك ، قال : « كان فزع بالمدينة ، فاستعار النبي ﷺ فرساً من أبي طلحة يقال له : المندوب فركبه ، فلما رجع قال : ما رأينا من شيء وإن وجدناه لبحراً » أي ما وجدناه إلا بحراً أي واسع الجري (راجع نيل الأوطار : ٢٩٩/٥) .

(٣) أخرجه أبو داود والنسائي وأحمد وصححه الحاكم عن صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار منه يوم حنين درعاً ، فقال أغصباً يا محمد ؟ قال : بل عارية مضمونة ، قال : فضع بعضها ، فعرض عليه النبي ﷺ أن يرضها له ، فقال : أنا اليوم في الإسلام أرغب . وله شاهد صحيح عن ابن عباس ولفظه : « بل عارية مؤداة » وأخرجه الدارقطني ثم البيهقي عن اسحاق بن عبد الواحد وهو متروك الحديث ، وأخرجه الحاكم أيضاً من حديث جابر ، وذكر أنها مائة درع وما يصلحها . وفي رواية أبي داود أن الأدرع كانت مابين الثلاثين إلى الأربعين . وللحديث طريق أخرى مرسله في السنن عند أبي داود والنسائي (راجع جامع الأصول : ١٠٩/٩ ، نصب الراية : ١١٦/٤ ، التلخيص الحبير : ص ٢٥٢ ، نيل الأوطار : ٢٩٩/٥ ، سبل السلام : ٦٩/٣) والفرق بين لفظي « مضمونة » و « مؤداة » هو أن المضمونة : هي التي تضمن إن تلفت بالقيمة ، والمؤداة : هي التي تجب تأديتها مع بقاء عينها فإن تلفت لم تضمن بالقيمة .

في الهبة، حتى إن من حلف: لا يعير فلاناً، فأعاره، ولم يقبل، يحث عند جمهور الحنفية، ولا يحث عنده، كما سبق في الهبة.

والإيجاب: أن يقول: أعرتك هذا الشيء، أو منحتك هذا الثوب، أو هذه الدار، أو أطعمتك هذه الأرض، فلفظ الإعارة صريح فيها، والمنحة: هي العطية التي ينتفع الإنسان بها زماناً، ثم يردها على صاحبها وهو معنى العارية. والإطعام المضاف إلى الأرض: هو إطعام منافعها التي تحصل منها بالزراعة من غير عوض عرفاً وعادة، وهو معنى العارية^(١).

واشترط الشافعية في الأصح عندهم وجود لفظ من المعير أو المستعير في صيغة العقد: مثل أعرتك أو أعزني؛ لأن الانتفاع بمال الغير يعتمد إذنه^(٢).

وأركان الإعارة عند الجمهور^(٣) أربعة: المعير والمستعير والمعار، والصيغة وهي كل ما يدل على هبة المنفعة من قول أو فعل.

شروط الإعارة:

يشترط عند الفقهاء ما يأتي:

١- كون المعير عاقلاً، فلا تصح الإعارة من المجنون والصبي غير العاقل. ولا يشترط البلوغ عند الحنفية، ويشترط عند غيرهم كون المعير أهلاً للتبرع مختاراً؛ لأن العارية تبرع بإباحة المنفعة، فلا تصح ممن لا يصح تبرعه كصبي وسفيه ومفلس، ولا من مستكره^(٤).

٢- القبض من المستعير: لأن الإعارة عقد تبرع، فلا يثبت حكم العارية بدون القبض كالهبة.

(١) البدائع: ٢١٤/٦.

(٢) مغني المحتاج: ٢٦٦/٢.

(٣) القوانين الفقهية: ٣٧٢/، مغني المحتاج: ٢٦٤/٢، غاية المنتهى: ٢٢٧/٢، كشاف القناع: ٦٧/٤.

(٤) المراجع السابقة.

٣- أن يكون المستعار مما يكن الانتفاع به بدون استهلاكه ، وإلا لم تصح إعارته^(١) .

وقد قرر العلماء أنه تصح الإعارة في كل عين ينتفع بها مع بقائها كاللدور والأرضين والثياب والدواب وسائر الحيوان ، وجميع ما يعرف بعينه ، إذا كانت منفعتها مباحة الاستعمال . فلا تجوز إباحة الجوارى للاستئاع ، ويكره للاستخدام ، إلا أن تكون لذي رحم محرم ؛ لأنه لا يأمن أن يخلو بها فيواقعها^(٢) ، ويحرم إعارة السلاح والخيول للحربي ، والمصحف وما في معناه للكافر ، وإعارة الصيد للمحرم^(٣) .

المبحث الثالث - حكم عقد الإعارة :

نتكلم فيه في أصل حكم الإعارة ، وفي بيان صفته .

أصل حكم الإعارة :

يطلق اسم العارية في العرف بطريقتين : بطريق الحقيقة ، وبطريق المجاز . أما الإطلاق بطريق الحقيقة فهو محل بحثنا هنا وهو إعارة الأعيان التي ينتفع بها ، مع بقائها . وحكمها عند المالكية وجمهور الحنفية : هو ملك المنفعة للمستعير ، بغير عوض ، أو ما هو ملحق بالمنفعة عرفاً وعادة^(٤) .

وقال الكرخي والشافعية والحنابلة : إن موجب الإعارة هو إباحة الانتفاع بالعين ، فهي عقد إباحة^(٥) . والإعارة عندهم : إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال .

ويترتب على الخلاف بين الفريقين : أن المستعير يجوز له عند الفريق الأول

(١) البدائع : المرجع السابق .

(٢) المهذب : ٣٦٣/١ ، القوانين الفقهية : ٣٧٢/ .

(٣) مغني المحتاج : ٢٦٦/٢ .

(٤) المبسوط : ١٣٣/١١ ، البدائع : ٢١٤/٦ ، تكللة فتح القدير : ٩٨/٧ ، ١٠٦ ، حاشية ابن عابدين : ٥٢٤/٤ ،

حاشية الدسوقي : ٤٣٣/٣ .

(٥) مغني المحتاج : ٣٦٤/٢ ، المهذب : ٣٦٤/١ ، المغني : ٢٠٩/٥ .

إعارة الشيء المستعار لغيره ، وإن لم يأذن له المالك ، إذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل . غير أن المالكية قالوا : إذا منع المستعير من الإعارة ، فلا يجوز له أن يعير .

ودليل الحنفية : أن المعير سلط المستعير على تحصيل المنافع ، والتسليط على هذا الوجه تملك ، لا إباحة ، كما في الأعيان ، ومقتضى التملك أن للمستعير حرية التصرف في الانتفاع بالعارية بنفسه أو بغيره .

ولا يجوز للمستعير عند الفريق الثاني أن يعير العارية لغيره ؛ لأن الإعارة إباحة المنفعة ، فلا يملك بها الإباحة لغيره ، كإباحة الطعام ، فالضيف لا يبيح لغيره ما قدم له .

ودليلهم أيضاً اتفاق العلماء على أن عقد الإعارة يجوز من غير أجل ، فلو كان مقتضى الإعارة تملك المنفعة ، لما جازت من غير أجل ، كالإجارة .

واتفق الفريقان على أن المستعير لا يملك إجارة العين المعارة . والسبب عند الفريق الثاني هو أن العارية تبيح المنافع فقط ، ولكن لا تملكه إياها . وأما السبب عند الفريق الأول فهو أن المستعير لا يملك الإجارة ، لأنها عقد لازم ، والإعارة عقد تبرع ، جائز غير لازم ، فلا يملك به ما هو لازم ، فيؤدي إلى تغيير طبيعة الإعارة . كذلك ليس للمستعير أن يرهن ما استعاره ؛ لأن الشيء لا يتضمن ما فوقه^(١) .

وأما إطلاق الإعارة بطريق المجاز : فهو إعارة المكيل والموزون والمعدود المتقارب ، مثل الجوز والبيض وكل ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه كإعارة الدراهم والدنانير ، فهو قرض حقيقة ، فعليه المثل أو القيمة ، ولكنه إعارة مجازاً ، لأنه لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه ، ولا سبيل إليه إلا بالتصرف بالعين ، بخلاف

(١) أما الوديعة فلا تؤجر ولا ترهن ولا تودع ولا تعار (الدر المختار : ٥٢٥/٤) .

الإعارة حقيقة ، فإن محل العقد فيها هو المنفعة لا العين ، سواء قلنا : إنها تفيد تمليك المنفعة أو إباحة المنفعة^(١) .

حقوق الانتفاع بالعارية :

قال الجمهور غير الحنفية : للمستعير الانتفاع بالعارية حسب الإذن .
وقال الحنفية : الحقوق التي يمنحها عقد الإعارة للمستعير تختلف بين ما إذا كانت الإعارة مطلقة أو مقيدة .

فالإعارة المطلقة : هي أن يستعير إنسان شيئاً ، ولم يبين في العقد أنه يستعمله بنفسه أو غيره ، ولم يبين كيفية الاستعمال ، مثل : أن يعير شخص دابته لآخر ، ولم يسم مكاناً ولا زماناً ، ولم يحدد الركوب ولا الحمل . فحكمها : أن المستعير ينزل منزلة المالك ، فكل ما ينتفع به المالك ينتفع به المستعير ، فله أن يستعمل الدابة في أي مكان وزمان ، وله أن يركب أو يحمل ، أو يركب غيره ؛ لأن الأصل في المطلق أن يجري على إطلاقه ، وقد ملكه منافع العارية مطلقاً ، إلا أنه لا يحمل عليها فوق المعتاد لمثلها ولا يستعملها ليلاً ونهاراً ، ما لم يستعمل مثلها من الدواب ، فلو فعل فعطبت : يضمن ؛ لأن العقد المطلق مقيد بالعرف والعادة ضمناً ، كما يتقيد نصاً ، كما في الإجارة^(٢) .

وأما الإعارة المقيدة : فهي أن تكون مقيدة في الزمان والانتفاع معاً أو في أحدهما . وحكمها : أنه يراعى فيها القيد ما أمكن ؛ لأن الأصل في القيد اعتبار القيد فيه ، إلا إذا تعذر اعتباره لعدم الفائدة ونحوه ، فيلغو القيد ؛ لأن التقييد يجري مجرى

(١) البدائع : ٢١٥/٦ ، المبسوط : ١٤٥/١١ ، تكملة فتح القدير : ١٠٨/٧ ، مجمع الضمانات : ٥٥/ ، الكتاب مع اللباب : ٢٠٣/٢ .

(٢) المبسوط : ١١ / ١٤٤ ، البدائع ، المرجع السابق ، تكملة فتح القدير : ١٠٧/٧ ، حاشية ابن عابدين : ٥٢٧/٤ ، مجمع الضمانات : ٥٧/ وما بعدها .

العبث^(١) . وبيانه فيما يأتي :

إذا قيده في استعمال العارية بنفسه : فإن كان الاستعمال مما يتفاوت الناس فيه كالركوب واللبس ، فإنه يختص به ، ولا يجوز أن يركب غيره ، أو يلبس الثوب غيره .

وإن كان الاستعمال لا يتفاوت بتفاوت الناس ، مثل سكنى الدار فله أن يسكن غيره ؛ لأن المملوك بالعقد هو السكنى ، والناس لا يتفاوتون فيه عادة ، فلم يكن التقييد بسكناه مفيداً ، فيلغو القيد ، إلا إذا كان الذي يسكنها إياه حداً ، أو قصاراً^(٢) ، ونحوهما ممن يوهن البناء ، فليس له أن يسكنها إياه ولا أن يعمل بنفسه ذلك ؛ لأن المعير لا يرضى به عادة .

وإذا حدد زماناً أو مكاناً : فجاوز ذلك المكان ، أو زاد على الوقت : يضمن ؛ لأن التخصص مفيد .

وإذا بين مقدار الحمل والجنس : فإن حمله عليه وزاد : يضمن ، بقدر الزيادة ، فلو ركب الدابة بنفسه ، وأردف غيره ، فعطبت فإن كانت الدابة مما تطبق حملها جميعاً : يضمن نصف قيمة الدابة ؛ لأنه لم يخالف إلا في قدر النصف ، وإن كانت الدابة مما لا تطبق حملها ، ضمن جميع قيمتها ، لأنه استهلكها .

ولو حمل على الدابة شيئاً بخلاف الجنس المحدد في العقد : فإن كان مثله في الحفة أو أخف منه : لا يضمن . وإن كان أثقل منه : يضمن .

وإن كان الحمل مثل المعين في العقد في الوزن والثقل : بأن استعار دابة ليحمل عليها مئة رطل من القطن ، فحمل عليها مئة رطل من الحديد : فإنه يضمن ؛ لأن

(١) البدائع : ٢١٥/٦ - ٢١٦ ، تكلة فتح القدير : ١٠٧/٧ وما بعدها ، حاشية ابن عابدين : ٥٢٧/٤ ، المبوط :

١٢٧/١١ وما بعدها ، مجمع الضمانات : ٦٠/ وما بعدها .

(٢) القصار : محور الثياب ومبيضا .

ثقل الحديد يتركز في موضع واحد على ظهر الدابة ، وثقل القطن يتوزع على جميع ظهرها وبدنها ، فكان ضرره بالدابة أكثر ، والرضا بأذى الضررين لا يكون رضا بأعلاهما .

وإن كان الحمل أثقل من المبين في العقد : فإن كان من الجنس المذكور في العقد ، يضمن بقدر الزيادة ، وإن كان من خلاف الجنس ، يضمن كل القيمة .

وإن اختلف المعير والمستعير في مدة العارية أو في مقدار الحمل ، أو في المكان ، فالقول قول المعير^(١) ؛ لأن المعير هو الذي يأذن بالانتفاع بالعارية ، فيقبل قوله في تحديد وجه الانتفاع ، والمستعير يدعي بأن وجه الانتفاع هو على النحو الذي يريده ، والمعير منكر لذلك فيقبل قوله بيمينه .

صفة حكم الإعارة :

قال الحنفية والشافعية والحنابلة : إن الملك الثابت للمستعير ملك غير لازم ؛ لأنه ملك لا يقابله عوض ، فلا يكون لازماً ، كالمالك الثابت بالهبة ، فيجوز للمعير أن يرجع في الإعارة ، كما للمستعير أن يردها في أي وقت شاء ، سواء أكانت الإعارة مطلقة أم مؤقتة بوقت ، مالم يأذن المعير في شغل المستعار بشيء يتضرر بالرجوع فيه ، أو كانت العارية لازمة ، كمن أعار أرضاً لدفن ميت محترم ، فلا يجوز للمعير الرجوع في الموضع الذي دفن فيه ، وامتنع على المستعير رده ، فهذه إعارة لازمة من الجانبين ، حتى يندرس أثر المدفون بأن يصير تراباً^(٢) . ومثله : لو استعار مكاناً لسكنى معتدة ، فليس للمعير الاسترداد .

(١) المبسوط : ١٤٣/١١ .

(٢) البدائع : ٢١٦/٦ ، الكتاب مع اللباب : ٢٠٢/٢ ، مغني المحتاج : ٢٧٠/٢ ، المهذب : ٣٦٢/١ ، المغني : ٢١١/٥ ؛

تحفة الطلاب : ص ١٦٦ .

ودليلهم على أن العارية عقد جائز قوله صلى الله عليه وسلم : « المنحة مردودة ، والعارية مؤداة »^(١) .

وقال المالكية في المشهور عندهم : ليس للمعير استرجاع العارية ، قبل الانتفاع بها ، وإذا كانت العارية إلى أجل ، فلا يجوز للمعير الرجوع إلا بعد انقضاء الأجل . وإن لم يتحدد أجل ، يلزم المعير من المدة ما يرى الناس أنه مدة لمثل تلك العارية ، وقال الدردير في الشرح الكبير : الراجح أن للمعير أن يرجع في الإعارة المطلقة متى أحب^(٢) .

وبهذا يظهر أن المالكية يسوغون الرجوع في العارية المطلقة ويمنعونها في العارية المقيدة بالشرط أو العرف أو العادة .
وسبب الخلاف بين الفريقين : هو ما يوجد في العارية من شبه العقود اللازمة وغير اللازمة .

الرجوع في الأرض المعارة للبناء أو الغراس أو الزراعة :

قال الحنفية : إذا كانت الإعارة مطلقة ، فلمعير صاحب الأرض أن يستردها في أي وقت شاء ؛ لأن الإعارة غير لازمة ، ويجبر المستعير على قلع الغرس ونقض البناء ؛ لأن في الترك ضرراً بالمعير ، ولا يضمن المعير شيئاً من قيمة الغرس أو البناء ؛ إذ

(١) روي من حديث ثلاثة وهم أبو أمامة وأنس وابن عباس : فحديث أبي أمامة أخرجه أبو داود والترمذي من حديث ذكر فيه : « العارية مؤداة ، والمنحة مردودة ، والدين مقضي ، والزعم غارم » أي الكفيل . قال الترمذي : حديث حسن ، وصححه ابن حبان ، ورواه أيضاً أحمد وأبو داود الطيالسي وأبو يعلى والدارقطني وابن أبي شيبة وعبد الرزاق . وحديث أنس رواه الطبراني في كتاب « مسند الشاميين » وحديث ابن عباس أخرجه ابن عدي في الكامل (راجع نصب الراية : ٥٧/٤ ، التلخيص الحبير : ٢٥٠/١ ، جامع الأصول : ١١٠/٩) .

(٢) بداية المجتهد : ٣٠٨/٢ ، حاشية الدسوقي : ٤٣٩/٣ .

أنه لم يغرر المستعير بشيء حيث أطلق العقد، بل هو الذي غرر بنفسه، حيث حمل المطلق على الأبد فهو مغتر غير مغرور.

وإن كانت الإعارة مؤقتة بوقت: فللمعير استرداد العارية أيضاً للحديث السابق: «المنحة مردودة، والعارية مؤداة». ولكن يكره الرجوع قبل انتهاء الوقت، لما فيه من خلف الوعد، وليس له إجبار المستعير على النقص والقلع، والمستعير حينئذ بالخيار: إن شاء ضمن المعير قيمة غرسه وبنائه؛ لأنه غره بتوقيت العارية، ثم بإخراجه قبل الوقت، وإن شاء أخذ غرسه وبنائه إن لم يضر القلع بأرض المعير، فإن أضر القلع بها كان الخيار للمعير: إن شاء أخذ الغرس والبناء بالضمان، وإن شاء رضي بالقطع.

هذا ما ذكره الحاكم الشهيد في مختصره. وعند القدوري: يضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع؛ لأن المستعير مغرور، حيث وقت له المعير، إذ الظاهر الوفاء بالعهد، والمغرور يرجع على الغار، دفعاً للضرر عن نفسه.

وأما إذا استعار شخص أرضاً للزراعة، فلا تؤخذ منه، حتى يحصد الزرع، وقت العارية أو لم يوقت؛ لأن للزرع نهاية معلومة، وفي ترك الزرع لوقت الحصاد بطريق الإجارة بأجر المثل مراعاة لحقي المعير والمستعير، بخلاف الغرس، لأنه ليس له نهاية معلومة، فيقلع دفعاً للضرر عن المالك^(١).

وقال المالكية: الراجح أن للمعير أن يرجع في الإعارة المطلقة متى أحب، أما إذا كانت الإعارة مقيدة بشرط أو بعرف أو عادة، فلا يجوز الرجوع قبل انقضاء الأجل، وبناء عليه: إذا أعار أرضاً لبناء أو غرس، وبنى أو غرس، فإن لم يحصل

(١) البدائع: ٢١٧/٦، تكملة فتح القدير: ١٠٩/٧ وما بعدها، حاشية ابن عابدين: ٥٢٧/٤، ١١، المبسوط: ١٤١/١١ وما بعدها، الكتاب مع اللباب: ٢٠٢/٢.

تقييد بأجل ، فلمعير إخراج المستعير ، ويملك المعير بناء المستعير وغرسه ، إن دفع له ما أنفق .

ففي الإعارة المقيدة على هذا النحو : ليس للمعير الرجوع في الأرض ، إذا حصل البناء أو الغرس ، قبل انقضاء أجل الإعارة ، ما لم يدفع للمستعير ما أنفقه ، فإن انقضت مدة البناء أو الغرس المشترطة أو المعتادة ، فالمالك بالخيار : إن شاء أمر المستعير بهدم البناء ، وقلع الشجر ، وتسوية الأرض ، كما كانت ؛ وإن شاء دفع قيمة ذلك منقوضاً أو مقلوعاً ، إذا كان مما له قيمة بعد القلع ، بعد إسقاط أجره من يهدمه ويسوي الأرض ، إذا كان المستعير لا يتولى الأمر بنفسه أو خدمه^(١) .

وقال الشافعية والحنابلة : إذا كانت الإعارة للبناء أو الغراس ، **مطلقة المدة** ، فلمستعير أن ينتفع بالأرض ما لم يرجع المعير ، فإن رجع المعير بعد أن بنى المستعير أو غرس ، فإن كان المعير قد شرط عليه القلع ، لزمه قلعه ، عملاً بالشرط ، فإن امتنع فلمعير القلع .

ويلزم المستعير تسوية الأرض المحفورة ، إن شرطت وإلا فلا يلزمه تسوية الحفر ؛ لأنه لما شرط عليه القلع ، رضي بما يحصل بالقلع من الحفر ، ولأنه مأذون فيه ، فلا يلزمه ضمان ما حصل به من النقص .

وإن لم يشرط عليه القلع : فإن اختار المستعير القلع ، قلع ، دون أن يلتزم المعير بدفع قيمة النقص . ويلزم المستعير بتسوية الأرض في الأصح عند الشافعية ، ويحتمل أن تلزمه التسوية عند الحنابلة ؛ لأن القلع حصل باختياره ، فإنه لو امتنع منه لم يجبر عليه ، فلزمه تسوية الحفر كما لو خرب أرضه التي لم يستعرها ، إلا أن القاضي من الحنابلة ذكر أنه لا يلزمه تسوية الحفر ؛ لأن المعير رضي بذلك ، حيث أعاره مع علمه بأن له قلع غرسه ، وهو الأصح عندهم .

(١) بداية المجتهد : ٣٠٩/٢ ، حاشية السوقي : ٤٣٩/٣ ، القوانين الفقهية : ٣٧٢/ .

وإن لم يختَر المستعير القلع ، فلمعير الخيار بين أن يبقيه بأجرة المثل ، أو يقلع ويضمن قدر النقص بين قيمته قائماً ومقلوعاً .

وإن كانت الإعارة لبناء أو غراس أو غيره مؤقتة ، فلمعير الرجوع أيضاً ، فإذا رجع أو انتهت المدة ، طبقت نفس الأحكام السابقة في الإعارة المطلقة : من ناحية اشتراط القلع أو عدم اشتراطه ، وآثار ذلك .

وإذا أعار شخص أرضاً للزراعة ، فله الرجوع ، ما لم يزرع ، فإذا زرع لم يملك الرجوع فيها إلى وقت الحصاد ، وعليه إبقاء الزرع إلى ذلك الوقت ، فإن رجع المعير قبل الحصاد ، وجب على المستعير دفع أجرة المثل من وقت الرجوع إلى الحصاد^(١) .

والخلاصة : أن المعير له الرجوع في الإعارة لبناء أو الغراس عند الشافعية والحنابلة والحنفية ، سواء أكانت الإعارة مطلقة أم مؤقتة ، وأما في الإعارة للزراعة فيقتصر أثر الرجوع على إعطاء المعير حق المطالبة بأجرة المثل ، في المدة التي بين الرجوع والحصاد .

وعند المالكية : للمعير الرجوع في الإعارة المطلقة ، وليس له الرجوع في الإعارة المقيدة ، قبل انقضاء أجل العقد ، فهذه الإعارة لازمة لانتهاء الأجل المعلوم .

المبحث الرابع - حال العارية : هل هي مضمونة أم أمانة ؟

قال الحنفية : إن المستعار أمانة في يد المستعير ، في حال الاستعمال وفي غير حال الاستعمال ، لا يضمن على كل حال إلا بتعد أو تقصير ؛ لأنه لم يوجد من المستعير سبب وجوب الضمان ، فلا يجب عليه الضمان ، كالوديعة والإجارة ؛ لأن الضمان لا يجب على المرء بدون فعله ، ولم يفعل ما يوجب الضمان ؛ لأنه يقوم بحفظ مال الغير ، وهذا

(١) المهذب : ٣٦٤/١ ، مغني المحتاج : ٢٧١/٢ - ٢٧٢ ، المغني : ٢١٢/٥ وما بعدها .

إحسان في حق المالك ، قال تعالى : ﴿ هل جزاء الإحسان إلا الإحسان ﴾^(١) .

وقال المالكية^(٢) : يضمن المستعير ما يُغاب عليه : وهو ما يمكن إخفاؤه كالثياب والحلي والسفينة السائرة في عرض البحر ، وذلك إذا لم يكن على التلف أو الضياع بينة على حصوله بلا سبب منه ، ولا يضمن فيما لا يغاب عليه كالحیوان والعقار ، ولا فيما قامت البينة على تلفه . ودليلهم الجمع والتوفيق بين حديثين : أولهما - أنه عليه الصلاة والسلام قال لصفوان بن أمية : « بل عارية مضمونة مؤداة » وفي رواية « بل عارية مؤداة » وثانيهما - حديث : « ليس على المستعير غير المغل - أي الخائن - ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضمان » فحمل الضمان على ما يغاب عليه ، والحديث الآخر على ما لا يغاب عليه . وهذا المذهب قريب من مذهب الحنفية في أن العارية أمانة^(٣) .

والأصح عند الشافعية أن العارية مضمونة على المستعير بقيمتها يوم التلف إذا تلفت بغير الاستعمال المأذون فيه وإن لم يفرض ، لحديث صفوان : « بل عارية مضمونة » ولأنه مال يجب رده لمالكه ، فيضمن عند تلفه كالشيء المستلم أي المقبوض على سوم الشراء ، أما إذا تلفت بالاستعمال المأذون فيه فلا ضمان^(٤) ، لحدوث التلف عن سبب مأذون فيه ، فلو تعسرت الدابة من ثقل حمل مأذون فيه أو ماتت به ، أو انحق

(١) المبسوط : ١٣٥/١١ ، البدائع : ١١٧/٦ ، تكملة فتح القدير : ١٠٣/٧ ، مجمع الضمانات للبغدادي : ٥٥/ ، الكتاب مع اللباب : ٢٠٢/٢ .

(٢) بداية المجتهد : ٣٠٨/٢ ، حاشية الدسوقي : ٤٣٦/٣ ، القوانين الفقهية : ٣٧٢/ ، والحديثان تقدم تخريجها .

(٣) تتلخص أحكام العارية عند المالكية بأربعة وهي : ١ - الضمان ، ٢ - الانتفاع للمستعير حسبما يؤذن له ٣ - اللزوم إن كانت لأجل معلوم أو قدر معلوم ، كعارية الدابة إلى موضع كذا ، فلا يجوز لصاحبها أخذها قبل ذلك ٤ - إذا قال المستعير : كانت عارية ، وقال صاحبها : كانت كراء ، فالقول قوله مع يمينه (القوانين الفقهية : ٣٧٢/)

(٤) قال البغدادي في مجمع الضمانات : ص ٥٥ : محل الخلاف (أي بين الحنفية والشافعية) في ضمان المستعير : أن تهلك العارية في غير حالة الانتفاع ، أما لو هلكت في حالة الانتفاع لم يضمن بالإجماع .

أي (تلف بالكلية) ثوب يلبسه المأذون فيه ، أو سقط ثور في ساقية استعير لاستعماله فيها ، فلا ضمان في هذه الحالات كلها^(١) . كذلك لا يضمن المستعير ما استعاره ليرهنه ، فرهنه ، فتلف عند المرتهن . لكن يشترط ذكر جنس الدين وقدره وصفته والمرهون عنده .

وقال الحنابلة في ظاهر المذهب^(٢) : إن العارية مضمونة على المستعير مطلقاً ، تعدى أو لم يتعد ، بقيمتها يوم التلف ، بدليل حديث صفوان بن أمية السابق الإشارة إليه ، وهو أن النبي ﷺ استعار منه درعاً يوم حنين ، فقال - فيما رواه أحمد وأبو داود - أغضباً يا محمد ؟ قال : « بل عارية مضمونة » فهذا إخبار بصفة العارية وحكمها ، وهو مروى عن ابن عباس وأبي هريرة .

ولقوله عليه الصلاة والسلام : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه^(٣) » ، ولأنه مال لغيره ، أخذه لمنفعة نفسه ، لا على وجه الوثيقة كالرهن ، ومن غير استحقاق ، ولا إذن في الاتلاف ، فكان مضموناً كالمغصوب .

وأضاف الحنابلة أن المستعير لو استعار وقفاً ككتب علم وأدراع موقوفة على المجاهدين فتلفت بغير تفريط ولا تعد ، فلا ضمان ، لكون تعلم العلم وتعليمه والجهاد من المصالح العامة .

(١) المذهب : ٢٦٢/١ ، مغني المحتاج : ٢٦٧/٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ١٥٠ ، الاقناع وحاشية الجبرمي

عليه : ١٣٦/٢ ، ١٢٩ ، متن أبي شجاع مع حاشية الباجوري : ١٠/٢ ، تحفة الطلاب : ١٦٧

(٢) كشاف القناع : ٧٦/٤ وما بعدها ، المغني : ٢٠٢/٥ ، القواعد لابن رجب : ٥٩/

(٣) أخرجه أحمد وأصحاب السنن الأربعة ، وصححه الحاكم عن الحسن بن سمرة بن جندب ، قال : قال رسول الله

ﷺ : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » زاد أبو داود والترمذي قال قتادة : « ثم نسي الحسن فقال هو أمينك

لا ضمان عليه : يعني العارية » ورواه الطبراني والحاكم وابن أبي شيبة (راجع جامع الأصول : ١١٠/٩ ، نصب

الراية : ١٦٧/٤ ، التلخيص الحبير : ٢٥٢/٣ ، المقاصد الحسنة : ٢٩٠/٧ ، نيل الأوطار : ٢٩٨/٥ ، سبل السلام :

(٦٧/٣) .

ويبرأ المستعير برد العارية إلى من جرت العادة بتسلم الشيء منه كزوجة وخازن ووكيل عام في قبض الحقوق .

شرط المعير الضمان : قال الحنفية : إذا شرط المعير على المستعير ضمان العارية يكون الاشتراط باطلاً ، وبه بقى ، كما في الوديعة ، وكشرط عدم الضمان في الرهن ، لأن في ذلك تغييراً لمقتضى العقد^(١) .

وقال المالكية : إذا اشترط المعير الضمان في الموضع الذي لا يجب فيه الضمان ، لا يضمنه المستعير ويلزم بإجارة المثل في استعماله العارية ؛ لأن الشرط يخرج العارية عن حكمها إلى باب الإجارة الفاسدة ، إذا كان صاحبها لم يرض أن يعيرها ، بغير ضمان ، فهو عوض مجهول ، فيجب أن يرد إلى معلوم^(٢) .

وقال الشافعية والحنابلة : إذا شرط المستعير أن تكون العارية أمانة أو نفي الضمان لم يسقط الضمان ولغا الشرط ؛ لأن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط ، كالمقبوض ببيع صحيح أو فاسد^(٣) .

تغيير حال العارية من الأمانة إلى الضمان : يتغير حال العارية عند الحنفية من الأمانة إلى الضمان بنفس الأسباب التي يتغير بها حال الوديعة ، منها^(٤) :

١ - التضييع ؛ والإتلاف حقيقة يالقائها في مضيعة أو كأن يدل عليها سارقاً ؛ أو الإتلاف معنى بمنع العارية بعد طلبها أو بعد انقضاء المدة .

٢ - ترك الحفظ في استعمال العارية ، أو إيجارها .

٣ - استعمال العين المعارة استعمالاً غير مشروط أو غير مألوف عادة .

(١) حاشية ابن عابدين : ٥١٦/٤ ، ٥٢٥ ، مجمع الضمانات : ٥٥/ .

(٢) حاشية الدسوقي : ٤٢٦/٣ ، بداية المجتهد : ٣٠٩/٢ .

(٣) المغني : ٢٠٤/٥ .

(٤) البدائع : ٢١٨/٦ وما بعدها .

٤ - المخالفة في كيفية الحفظ : مثل أن يأمره ألا يغفل عنها ، فغفل ، فيضمن .
فإن عاد إلى موافقة مطلب المعير لا يبرأ عن الضمان ، بخلاف ما عرفناه في الوديعة عند
الحنفية ، فإنه يبرأ عن الضمان ؛ لأن المقصود في الوديعة ، هو الحفظ للمالك ، والحفظ
يتحقق بعد المخالفة كما كان قبل المخالفة .

وهناك فرق آخر : وهو أن المستعير لو رد العارية إلى منزل المالك ، كما إذا رد
الدابة إلى إصطبل مالكها ، يبرأ عن الضمان بخلاف الوديعة ، للعادة الجارية في
العارية بردها إلى بيت المالك أو بدفعها إلى عياله ، ولم تجر العادة بذلك في الوديعة ،
فخصت العارية من عموم آية ﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ﴾ ،
وبقيت الوديعة على ظاهر النص ، كما سبق ذكره . والعين المغصوبة مثل الوديعة ترد
إلى المالك نفسه .

لكن إذا كانت العارية شيئاً نفيساً فرده المعير إلى دار المالك ولم يسلمه إليه
ضمن ؛ لأن الأعيان النفيسة لا ترد إلا إلى صاحبها في العادة .

وكذلك إذا اختلف المعير والمستعير ، فالقول قول المالك كما بينا بخلاف الوديعة :
القول قول الوديع ^(١) .

مؤنة رد العارية : إن أجره رد العارية على المستعير ؛ لأن الرد واجب عليه ؛
لأنه قبضها لمنفعة نفسه ، والأجرة مؤنة الرد ، فتكون عليه . وكذلك أجره رد العين
المغصوبة على الغاصب ؛ لأن الرد واجب عليه دفعاً للضرر عن المالك ، فتكون مؤنته
عليه .

أما أجره رد العين المستأجرة فعلى المؤجر ؛ لأن الواجب على المستأجر التكين
من الرد والتخلية بين الشيء وصاحبه ، دون الرد ^(٢) . والفرق أن غرض المؤجر

(١) انظر البدائع ، المرجع نفسه : ٢١٧/ وما بعدها ، مجمع الضمانات : ٥٧/ .

(٢) الكتاب مع اللباب : ٢٠٤/٢ ، الدر المختار ورد المختار : ٥٢٧/٤ وما بعدها .

والغاصب ومثلها المرتهن هو حصول المنفعة لهم بخلاف المستعير، قبض الشيء لمنفعته الخاصة .

وكذلك أجرة رد الوديعة على المالك المودع ؛ لأن الوديعة يجب عليه فقط رد الوديعة عند طلب المالك لقوله تعالى : ﴿إِن اللّٰه يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَوَدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ .

وقفنا لله تعالى

الفصل التاسع

الوكالة

خطة الموضوع :

الكلام عن عقد الوكالة في المباحث الخمسة الآتية :

المبحث الأول - تعريف الوكالة وركنها ومشروعيتها .

المبحث الثاني - شرائط الوكالة .

المبحث الثالث - أحكام الوكالة .

المبحث الرابع - تعدد الوكلاء .

المبحث الخامس - طرق انتهاء الوكالة .

المبحث الأول - تعريف الوكالة وركنها ومشروعيتها :

تعريف الوكالة : الوكالة بفتح الواو وكسرهما ، وهي تطلق لغة ويراد بها الحفظ ، كما في قوله عز وجل : ﴿ وقالوا : حسينا الله ونعم الوكيل ﴾ أي الحافظ ، وقوله سبحانه : ﴿ لا إله إلا هو فاتخذه وكيلاً ﴾ قال الفراء : أي حفيظاً . وتطلق ويراد بها التفويض ، يقال : وكل أمره إلى فلان : فوضه إليه واكتفى به ، ومنه : « توكلت على الله » قال تعالى : ﴿ وعلى الله فليتوكل المتوكلون ﴾ ، وقال سبحانه مخبراً

عن هود عليه السلام : ﴿إني توكلت على الله ربي وربكم﴾ أي اعتمدت على الله ، وفوضت أمري إليه .

والوكالة شرعاً عند الحنفية^(١) : هي عبارة عن إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم . أو هي تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل .

والتصرف يشمل التصرفات المالية من بيع وشراء وغيرها من كل ما يقبل النيابة شرعاً كالإذن بالدخول . وقال الشافعية : الوكالة تفويض شخص ماله فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته^(٢) . والتقييد بالحياة للتمييز عن الوصية .

ركن الوكالة : ركن الوكالة عند الحنفية : هو الإيجاب والقبول ، فالإيجاب من الموكل ويسمى الأصيل : أن يقول : وكلتك بكذا ، أو أفاعل كذا ، أو أذنت لك أن تفعل كذا ونحوه . والقبول من الوكيل : أن يقول : قبلت وما يجري مجراه^(٣) . ويتم القبول بكل فعل دل على القبول ، ولا يشترط كونه لفظاً ؛ لأن التوكيل إباحة ورفع حجر ، فأشبهه إباحة الطعام^(٤) .

ويجوز بالاتفاق قبول الوكالة على الفور والتراخي ؛ لأن قبول وكلائه ﷺ كان بفعلهم ، وكان متراخياً عن توكيله إياهم .

فإذا لم يوجد الإيجاب والقبول لا يتم العقد ، فلو وكل إنسان غيره بقبض دينه ، فأبى أن يقبل ، ثم ذهب الوكيل بقبضه ، لم يبرأ المدين ؛ لأن تمام العقد بالإيجاب والقبول ، وكل واحد منهما يرتد بالرد قبل وجود الآخر ، كما في البيع ونحوه .

وللوكالة عند الجمهور أركان أربعة هي الموكل والوكيل والموكل فيه والصيغة .

(١) تكملة فتح القدير : ٣/٦ ، البدائع : ١٩/٦ ، رد المحتار : ٤١٧/٤ ، تبين الحقائق . ٢٥٤/٤ .

(٢) مغني المحتاج : ٢١٧/٢ .

(٣) البدائع ، المرجع السابق : ٢٠/ .

(٤) مغني المحتاج : ٢٢٢/٢ ، المغني : ٨٤/٥ .

وتصح الوكالة الدورية^(١) عند الحنابلة^(٢) : وهي وكتتك ، وكلما عزلتك أو انزلت فقد وكتتك أو فأنت وكيلي ، ويصح عزله بقوله : كلما وكتتك أو عدت وكيلي فقد عزلتك .

تعليق الوكالة على شرط أو زمن : الوكالة عند الحنفية والحنابلة قد تكون مطلقة وقد تكون معلقة بالشرط ، مثل : إن قدم زيد فأنت وكيلي في بيع هذا الكتاب ، ولا يصح تصرف الوكيل قبل تحقق الشرط ، وقد تكون مضافة إلى وقت في المستقبل بأن يقول : وكتتك في بيع هذا الكتاب غداً ، ولا يصير وكيلاً قبل الغد . ودليلهم على جواز ذلك أن التوكيل عقد يبيح التصرف مطلقاً ، والإطلاقات مما تحتمل التعليق بالشرط والإضافة إلى الوقت كالطلاق ، وبما أن التوكيل إذن في التصرف فهو يشبه الوصية^(٣) .

وقال الإمام الشافعي في الأصح من مذهبه : لا يصح تعليق الوكالة بشرط من صفة أو وقت ، مثل : إن جاء زيد أو رأس الشهر فقد وكتتك بكذا . ودليله أن التوكيل عقد تؤثر الجهالة في إبطاله ، فلم يصح تعليقه على شرط كسائر العقود من بيع وإجارة . ويخالف الوصية لأنها لا يؤثر فيها غرر الجهالة ، فلا يؤثر فيها غرر الشرط ، فتقبل التعليق . أما الوكالة فتؤثر الجهالة في إبطالها فيؤثر غرر الشرط فيها ، فلا تقبل التعليق . لكن لو تصرف الوكيل في هذه الحالة صح تصرفه لوجود الإذن ، وإن كان العقد فاسداً ، وحينئذ إذا كان وكيلاً بأجر سقط المسمى ، ووجب له أجر المثل ، لأنه عمل في عقد فاسد لم يرض فيه بغير بدل ، فوجب أجر المثل كالعامل في الإجارة الفاسدة^(٤) . وإذا نجز الوكالة وشرط للتصرف شرطاً جاز اتفاقاً ، مثل :

(١) الدور عند المناطق : هو توقف الشيء على ما يتوقف عليه ، وسيمت وكالة دورية لدورانها على العزل .

(٢) غاية المنتهى : ١٥٦/٢

(٣) البدائع : ٢٠/٦ ، غاية المنتهى : ١٤٧/٢ .

(٤) معني المحتاج : ٢٢٣/٢ ، الهذب : ٣٥٠/١ .

وكلتك بشراء شيء ، ولكن لا تشتريه إلا بعد شهر .

تأقيت الوكالة : اتفق الفقهاء على صحة تأقيت الوكالة بزمن معين كشهر أو سنة ؛ لأن الوكالة حسب الحاجة .

الوكالة بأجر : تصح الوكالة بأجر وبغير أجر ؛ لأن النبي ﷺ كان يبعث عماله لقبض الصدقات ويجعل لهم عمولة^(١) ، ولهذا قال له أبناء عمه : « لو بعثتنا على هذه الصدقات ، فئودي إليك ما يؤدي الناس ، ونصيب ما يصيبه الناس » أي العمولة ، ولأن الوكالة عقد جائز لا يجب على الوكيل القيام بها ، فيجوز أخذ الأجرة فيها ، بخلاف الشهادة ، فإنها فرض يجب على الشاهد أدائها .

فإن كانت الوكالة بغير أجرة فهي معروف من الوكيل ، وإذا كانت الوكالة بأجر أي (بجعل) فحكمها حكم الإجازات ، فيستحق الوكيل الجعل بتسليم ما وكل فيه إلى الموكل إن كان مما يمكن تسليمه كتوب يخطه ، فتمى سلمه مخيلاً ، فله الأجر . وإن وكل في بيع أو شراء أو حج استحق الأجر ، إذا عمله ، وإن لم يقبض الثمن في البيع^(٢) .

وفي الوكالة بأجر يجوز للموكل أن يشترط على الوكيل ألا يخرج نفسه منها إلا بعد أجل محدود ، وإلا لما كان عليه التعويض .

عموم الوكالة وتخصيصها : تصح الوكالة العامة عند الحنفية والمالكية^(٣) ؛

(١) قال ابن حجر : هذا مشهور ، ففي الصحيحين عن أبي هريرة : بعث النبي ﷺ السعة على الصدقة ، وفيها عن أبي حميد الساعدي : استعمل النبي ﷺ رجلاً من الأزد يقال له : ابن اللثبية ، وفيها عن عمر : أنه استعمل ابن السعدي . وعند أبي داود أن النبي ﷺ بعث أبا مسعود ساعياً ، وفي مسند أحمد أنه بعث أبا جهم بن حذيفة متصدقاً ، وفيه من حديث قره بن دعوص بعث الضحاك بن قيس ساعياً ، وفي المستدرک أنه بعث قيس بن سعد ساعياً ، وفيه من حديث عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ بعثه على أهل الصدقات ، وبعث الوليد بن عقبة إلى بني المصطلق ساعياً (راجع التلخيص الحبير : ١٧٦/ ، ٢٥١ ، ٢٧٥) .

(٢) المغني : ٨٥/٥ وما بعدها ، تكللة فتح القدير : ٢/٦ ، القوانين الفقهية : ٢٢٩/ :

(٣) تكللة رد المحتار : ٣٥٧/٧ ، بداية المجتهد : ٣٠٢/٢

لأنها تجوز في كل ما يملكه الموكل وفي كل ماتصح فيه النيابة من التصرفات المالية وغيرها . وقال الشافعي والحنابلة^(١) : لاتصح الوكالة العامة ؛ لما فيها من عظيم الضرر . واتفق الفقهاء على جواز الوكالة الخاصة ، وهو الأصل الغالب فيها .

مشروعية الوكالة : الوكالة جائزة بالكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب : فقوله تعالى حكاية عن أهل الكهف : ﴿ فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة ، فلينظر أياها أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه ﴾ ، وهذه وكالة في الشراء وقوله عز وجل : ﴿ فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ﴾ وقوله سبحانه : ﴿ اذهبوا بقميصي هذا ﴾ وقوله حكاية عن سيدنا يوسف : ﴿ اجعلني على خزائن الأرض ﴾ . وقوله تعالى : ﴿ إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها ﴾ أي السعاة والجبابة الذين يبعثهم الإمام لتحصيل الزكاة ، فالله سبحانه جوز العمل على الصدقات ، وهو بحكم النيابة عن المستحقين .

وأما السنة : فأحاديث كثيرة ، منها خبر الصحيحين : « أنه ﷺ بعث السعاة لأخذ الزكاة » ، ومنها : « توكيله ﷺ عمرو بن أمية الضمري في نكاح أم حبيبة بنت أبي سفيان »^(٢) ومنها « توكيله أبا رافع في قبول نكاح ميمونة بنت الحارث »^(٣) ومنها

(١) تحفة المحتاج : ٣٠٨/٥ ، كشاف القناع : ٤٧١/٣ ، مغني المحتاج : ٢٢١/٢

(٢) رواه أبو داود في سننه : ٤٦٨/١ ، وقال البيهقي في المعرفة : روي عن أبي جعفر محمد بن علي أنه حكى ذلك ولم يسنده البيهقي في المعرفة ، وكذا حكاه في الخلافيات بلا إسناد ، وأخرجه في السنن من طريق ابن اسحق ، حدثني أبو جعفر ، قال : بعث رسول الله ﷺ عمرو بن أمية الضمري إلى النجاشي ، فزوجه أم حبيبة ، ثم ساق عنه أربع مائة دينار .. (راجع التلخيص الحبير : ص ٢٥١ وما بعدها) .

(٣) رواه مالك في الموطأ والشافعي عنه وأحمد والترمذي والنسائي وابن حبان عن سليمان بن يسار أن النبي ﷺ « بعث أبا رافع مولاة ورجلاً من الأنصار ، فزوجه ميمونة بنت الحارث . وهو بالمدينة قبل أن يخرج » أي إلى الحج ، قال ابن تيمية في منتقى الأخبار : وهو دليل على أن تزوجه بها قد سبق لإحرامه ، وأنه خفي على ابن عباس (راجع التلخيص الحبير : ٢٥٢/ ، نيل الأوطار : ٢٦٩/٥) .

« توكيله حكيم بن حزام بشراء الأضحية ، وتوكيله عروة البارقي في شراء الشاة »^(١) .
ومنها خبر البخاري في التوكيل بإعطاء بعير سداداً لدين رجل ، وقوله عليه السلام :
« إن خياركم أحسنكم قضاء »

وأما الإجماع ، فقد أجمعت الأمة على جواز الوكالة ، ولأن الحاجة داعية إليها ،
فإن الشخص قد يعجز عن قيامه بمصالحه كلها^(٢) ، فكانت جائزة لأنها نوع من أنواع
التعاون على البر والتقوى .

المبحث الثاني - شرائط الوكالة :

يشترط لصحة الوكالة شروط في العاقدين وفي محل العقد .

والعاقدان هما : الموكل والوكيل ، والموكل يجوز أن يكون غائباً أو امرأة أو
مريضاً بالاتفاق ، أو حاضراً صحيحاً خلافاً لأبي حنيفة . والوكيل : كل من جاز له
التصرف لنفسه في شيء ، جاز له أن ينوب فيه عن غيره ، إلا أنه لا يجوز توكيل العدو
على عدوه . ولا يجوز عند المالكية توكيل الكافر على بيع أو شراء أو عقد سلم لئلا
يفعل الحرام ، ولا توكيله على قبض من المسلمين لئلا يستعلي عليهم .

أما شرط الموكل : فهو أن يكون مالكاً للتصرف الذي يوكل فيه ، وتلزمه
أحكام ذلك التصرف . فلا يصح التوكيل من المجنون والصبي غير المميز لعدم وجود

(١) توكيل حكيم بن حزام صحيح : رواه أبو داود والترمذي عن حبيب بن أبي ثابت عن حكيم بن حزام ، وفيه
أن الرسول ﷺ قال له : « ضح بالشاة ، وتصدق بالدينار » وقصة توكيل عروة البارقي صحيحة أيضاً رواها
أحمد والبخاري وأبو داود والترمذي وابن ماجه والدارقطني عن شبيب بن غرقدة السلمي الكوفي عن
عروة بن أبي الجعد البارقي ، وفيه أن النبي ﷺ « دعا له بالبركة في بيعه ، وكان لو اشترى التراب لربح فيه »
(راجع جامع الأصول : ٢٨٩/١٢ ، نصب الراية : ٩٠/٤ ، التلخيص الحبير : ٢٥١/١ ، نيل الأوطار : ٢٧٠/٥) .

(٢) المغني : ٧٩/٥ ، تكللة فتح القدير : ٢/٦ ، مغني المحتاج : ٢١٧/٢ ، المهذب : ٢٤٨/١ ، المبسوط : ٢/١٩ وما
بعدها .

العقل الذي هو من شرائط الأهلية ، ولأنه لا تلزمها أحكام التصرفات ، كما لا يصح التوكيل من الصبي المميز بما لا يملكه بنفسه من التصرفات كالطلاق والهبة والصدقات ونحوها من التصرفات الضارة ضرراً محضاً به . أما التصرفات النافعة نفعاً محضاً كقبول التبرعات ، فيجوز للصبي المميز التوكيل بها . وأما التصرفات المترددة بين النفع والضرر كالبيع والإجارة : فإن كان المميز مأذوناً في التجارة يصح منه التوكيل بها ، لأنه يملكها بنفسه ، وإن كان ممنوعاً من التصرفات ينعقد التوكيل منه موقوفاً على إجازة وليه ، وعلى إذن وليه بالتجارة أيضاً^(١) .

وقال الإمام الشافعي : لا يصح توكيل الصبي مطلقاً ، إذ لا تصح عنده مباشرته لأي تصرف . وهذا هو رأي المالكية والحنابلة^(٢) .

واكتفى أبو حنيفة باشتراط أن يكون التوكيل حاصلًا بما يملكه الوكيل ، وبناء عليه يجوز عنده توكيل المسلم ذمياً بشراء الخمر والخنزير .

وأما شروط الوكيل : فهو أن يكون عاقلًا أي يعقل العقد بأن يعرف مثلاً أن البيع سالب والشراء جالب ، ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش ، فلا تصح وكالة المجنون والصبي غير المميز . أما الصبي المميز فتصح وكالته عند الحنفية سواء أكان مأذوناً في التجارة أم محجوراً .

وقد اشترط هذا الشرط ؛ لأن الوكيل يقوم مقام الموكل في العبارة ، فلا بد من أن يكون من أهل العبارة ، وأهلية العبارة لا تكون إلا بالعقل والتمييز ، وقد زوج ابن أم سلمة - وكان صبياً - النبي ﷺ .

وقال الشافعي والمالكية والحنابلة : وكالة الصبي غير صحيحة ؛ لأنه غير مكلف ، فلا تصح مباشرته التصرف لنفسه ، فلا يصح توكله ، وأجاز الشافعية على الصحيح

(١) البدائع : ٢٠٦ ، تكملة فتح القدير : ١٢٦ ، ١٣٤ ،

(٢) مغني المحتاج : ٢١٧/٢ . المهذب : ٣٤٩/١ ، الفقه على المذاهب الأربعة : ٢٣٦/٣ وما بعدها .

توكيل الصبي المميز في الإذن بدخول دار وإيصال هدية وحج وتطوع وذبح ضحية وتفريضة زكاة .

٢- ويشترط عند الحنفية أيضاً: أن يكون الوكيل قاصداً للعقد، بألا يكون هازلاً، وأن يعلم بالتوكيل في الجملة، فلو وكل رجلاً ببيع كتابه، فباعه الوكيل من رجل قبل أن يعلم بالوكالة، لا يجوز بيعه، حتى يجيزه الموكل أو الوكيل بعد علمه بالوكالة؛ وعلم الوكيل بالوكالة يثبت بالمشافهة أو الكتابة إليه، أو بإرسال رسول إليه، أو بإخبار رجلين أو رجل واحد عدل أو غير عدل وصدقه الوكيل^(١).

٣- أن يكون الوكيل معيناً إما بنسبة أو إشارة إليه، فلو وكل أحد رجلين لم تصح الوكالة للجهالة. وأن يكون عالماً بموكله بوصف له أو شهرة^(٢).

وأما شروط الموكل به فهي:

١- ألا يكون الموكل فيه من الأمور المباحة: فلا يصح لإنسان أن يوكل غيره بالاحتطاب والاحتشاش واستقاء الماء واستخراج المعادن كالنحاس والرصاص والجواهر، فإذا حصل التوكيل في شيء مما ذكر فهو للوكيل، وليس للموكل فيه شيء. وهذا الشرط عند الحنفية، وأجاز الجمهور في الأظهر عند الشافعية التوكيل في هذه الأمور، ويقسم بينهم على قدر أجر كل منهم بلا ترجيح بينهم لحصوله بمنافع مختلفة^(٣).

٢- أن يكون الموكل به مملوكاً للموكل: لأن ما لا يملكه لا يتصور تفويض التصرف به لغيره، وهذا متفق عليه.

(١) البدائع، المرجع السابق: ٢٠ وما بعدها، المبسوط: ١٩ / ١٥٨ وما بعدها، رد المختار: ٤ / ٤١٧، مغني

المحتاج: ٢ / ٢١٨.

(٢) البدائع، المرجع السابق، الدسوقي: ٣ / ٣٧٨، مغني المحتاج: ٢ / ٢١٩، كشف القناع: ٣ / ٤٥٠.

(٣) الفتاوى الهندية: ٣ / ٤٤٠، مغني المحتاج: ٢ / ٢٢١، روضة الطالبين: ٤ / ٢٩١، المغني: ٥ / ٨١.

٣- أن يكون معلوماً من بعض الوجوه بحيث لا يعظم الغرر فيه ، وهذا شرط للشافعية .

٤- ألا يكون الموكل فيه طلب قرض من الغير، فإذا وكل إنسان غيره في أن يقترض له من شخص مالا ، فقال الوكيل : أقرضني كذا ، فأقرضه ، كان القرض للوكيل لا للموكل ، لكن يصح ذلك بطريق الرسالة ، بأن يقول : أرسلني فلان ليستقرض كذا .

٥- أن يكون قابلاً للنيابة شرعاً : وهو كل ما تصح النيابة فيه من الأمور المالية وغيرها ، فلا تصح الوكالة في العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصيام والطهارة من الحدث ؛ لأن المقصود منها الابتلاء والاختبار بإتباع النفس ، وهو لا يحصل بالتوكيل ، ولا يصح التوكيل باليمين ؛ لأن المقصود منها إظهار صدق الحالف وتعتمد على الإجلال والتعظيم والعبودية لله تعالى ، وهذا أمر شرعي ، ولا يصح التوكيل بالنكاح بمعنى الوطء ؛ لأن المقصود به الإعفاف وإنجاب ولد ينسب إليه .

وتجوز الوكالة عند الجمهور في العبادات التي لها تعلق بالمال قبضاً وإخراجاً ودفعاً إلى المستحق كالزكاة والكفارة والنذر والصدقة والحج والعمرة عند العجز وبعد الموت ، وذبح الهدي وجبران النقص في الإحرام بالحج أو العمرة وذبح الأضحية ونحوها^(١) ؛ لأن المقصود بها إيصالها لأهلها ، ولم يجز المالكية التوكيل بالحج ؛ لأن المقصود به تهذيب النفس وتعظيم شعائر الله^(٢) ، وأما إنفاق المال فهو أمر عارض .

(١) تكملة ابن عابدين : ٧ / ٢٧١ ، بداية المجتهد : ٢ / ٢٩٧ ، مغني المحتاج : ٢ / ٢١٩ ، المغني : ٥ / ٨٣ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٣ / ٣٧٧ وما بعدها ، روضة الطالبين : ٤ / ٢٩٤ .

(٢) وضع الشافعية ضابطاً لما يجوز التوكيل فيه وما لا يجوز ، فقالوا : تصح الوكالة إلا في مجهول مطلق ، كأن وكله في كل قليل وكثير ، وإلا في حمل حد أو قود ، أو قبض في مال ربوي أو رأس مال سلم ، وإلا في وطء ، أو شهادة ، أو يمين كإيلاء أو لعان ، أو إقرار ، أوظهار ، أو عبادة إلا نسكاً من حج أو عمرة ، وتفرقة زكاة وذبح أضحية (تحفة الطلاب : ص ١٦٩) .

وقد اختلف الفقهاء في بعض الأمور التي يجوز التوكيل بها ، مما يقتضينا قسمة ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز إلى قسمين : إما أن يكون التوكيل بحقوق الله عز وجل وهي كل الحدود عند الحنفية ، وعند غيرهم ما عدا حد القذف . وإما أن يكون بحقوق العباد .

أولاً- الوكالة في حقوق الله تعالى : التوكيل في حقوق الله تعالى نوعان : أحدهما - بالإثبات ، والثاني - بالاستيفاء .

١- التوكيل بإثبات الحدود : قال الحنفية : إن كان الحد لا يحتاج في إظهاره عند القاضي إلى الخصومة (أي للدعوى) كحد الزنا وشرب الخمر فلا يصح فيه التوكيل بإثباته ؛ لأنه يثبت عند القاضي بالبينة أو الإقرار من غير حاجة إلى رفع دعوى من صاحب الحق ، فتكفي فيه شهادة الحسبة بدون دعوى . فيتلخص من هذا أنه يشترط في الموكل فيه ألا يكون حداً من الحدود التي لا يشترط فيها إقامة الدعوى كحد الزنا وحد شرب الخمر .

وإن كان مما يحتاج فيه إلى الخصومة (أي إقامة دعوى) كحد السرقة وحد القذف فيجوز التوكيل بإثباته عند أبي حنيفة ومحمد ، بإقامة البينة على الجريمة الموجبة للحد . ولا يجوز التوكيل بذلك عند أبي يوسف وإنما لا يثبت إلا بالبينة أو الإقرار من الموكل ، وهذا الخلاف يجري أيضاً في إثبات القصاص ، استدلل أبو يوسف على رأيه ؛ وهو أن الوكالة لا تجوز في إثبات الحدود والقصاص بالقياس على عدم جواز الوكالة بالاستيفاء ، فكما لا يجوز التوكيل بالاستيفاء والحدود والقصاص لا يجوز التوكيل بإثباتها ؛ لأن الإثبات وسيلة إلى الاستيفاء .

ورد أبو حنيفة ومحمد على دليل أبي يوسف بأن هناك فرقاً بين الإثبات والاستيفاء ، فإن امتناع التوكيل بالاستيفاء بسبب وجود شبهة كما سنعرف ، وتلك الشبهة غير متوفرة في التوكيل بالإثبات^(١) .

(١) البدائع : ٦ / ٢١ ، تكملة فتح القدير : ٦ / ٧ ، مختصر الطحاوي : ص ١٠٩ .

وقال الشافعية : لا يجوز التوكيل في إثبات حدود الله تعالى ، لأن الحق فيها لله سبحانه ، وهو قد أمرنا بدرء الحدود والتوصل إلى إسقاطها ، وبالتوكيل يتوصل إلى إيجاب الحد ، فلا يجوز . أما إثبات القصاص وحد القذف فيجوز التوكيل فيها ؛ لأنها حق آدمي ، فجاز التوكيل في إثباته ، كالحق في المال ^(١) .

وقال الحنابلة ^(٢) : يجوز التوكيل في إثبات القصاص وحد القذف في حضرة الموكل وغيبته ؛ لأنها من حقوق الآدميين ، وتدعو الحاجة إلى التوكيل فيها . وكذلك الحدود الخالصة لله تعالى كحد الزنا والسرقة : يجوز التوكيل في إثباتها ؛ لأن الرسول ﷺ وكل أنيساً في إثبات واستيفاء حد الزنا ، فإنه قال : « فإن اعترفت فارجمها » وهذا يدل على أنه لم يكن ثبت ، وقد وكله في إثبات الحد واستيفائه جميعاً .
والتوكيل يقوم مقام الموكل في درء الحدود بالشبهات .

٢- التوكيل في استيفاء الحدود : اتفق أئمة المذاهب الأربعة في الجملة على أنه يجوز للحاكم التوكيل في استيفاء ^(٣) حدود الله تعالى وفي القصاص ، غير أنه قد يوجد خلاف في المذهب في صحة التوكيل بالاستيفاء حال غياب الموكل عن مجلس الاستيفاء أي الموكل غير حاضر . وهنا سنذكر تفصيل كل مذهب على حدة :

قال أبو حنيفة ومحمد : أما التوكيل من صاحب الحق باستيفاء الحدود التي تحتاج إلى إقامة الدعوى كحد القذف وحد السرقة ، فإن كان الموكل حاضراً بأن يحضر هو ووكيله حال تنفيذ الحد ، فإنه يجوز التوكيل إذ ليس كل أحد يحسن الاستيفاء إما لضعف قلبه أو لنقص خبرته ومعرفته . وأبو يوسف : لا يجوز التوكيل في استيفاء حد

(١) المذهب : ١ / ٣٤٩ ، مغني المحتاج : ٢ / ٢٢١ .

(٢) المغني : ٥ / ٨١ وما بعدها ، غاية المنتهى : ٢ / ١٥٠ .

(٣) استيفاء : أي توفية الحد وتنفيذه على الجاني . وحقوق الله أي أن الله تعالى قرر لها عقوبة ثابتة ليس للمجني عليه فيها شأن ، فلا بد من تنفيذها .

القذف وحد السرقة ، كما لا يجوز التوكيل في إثباتها ، والظاهر أنه يقول : إن التوكيل في الحدود التي هي من حقوق الله تعالى لا معنى له ، سواء احتاجت لدعوى أم لا ؛ لأن ولي الأمر مطالب باستيفائها ، فلا بد له من تنفيذها ، وليس للمجني عليه فيها شأن^(١) .

وأما إن كان المذوف والمسروق منه غائباً وقت الاستيفاء فاختلفت فيه مشايخ الحنفية .

فقال بعضهم : يجوز التوكيل ؛ لأن عدم الجواز لاحتمال حدوث العفو والصلح ، وهنا لا يتأتى ذلك الاحتمال ؛ لأن الأمر وصل إلى القاضي ، والحق صار لله تعالى وحده ، فلو عفا عنه المسروق منه لا يلتفت إليه .

وقال بعضهم وهو الأرجح عند الحنفية : لا يجوز التوكيل بالاستيفاء ؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات ، وغيبة الموكل شبهة ؛ لأنه لو كان حاضراً وقت الاستيفاء وإن لم يملك العفو والصلح إلا أنه إذا كان مقدوماً قد يصدق القاذف فيما قذفه به ، وإذا كان مسروقاً منه فقد يترك الخصومة (أي يسقط ادعاءه) ، فلا يجوز استيفاء الحد مع الشبهة .

وإذا لا يصح وقوع الحد بدون حضور الموكل وهو المجني عليه .

وأما التعازير : فيجوز التوكيل بإثباتها واستيفائها باتفاق الحنفية وباقي المذاهب^(٢) ، وللوكيل أن يستوفي سواء أكان الموكل غائباً أم حاضراً ؛ لأن التعزير حق الشخص ، ولا يسقط بالشبهات بخلاف الحدود .

وأما التوكيل باستيفاء القصاص : فإن كان الموكل وهو ولي الدم حاضراً جاز ،

(١) راجع الفقه على المذاهب الأربعة : ٣ / ٢٣٢ ، الإفصاح لابن هبيرة : ص ٢٠٨ .

(٢) البدائع ، المرجع السابق ، الشرح الصغير : ٣ / ٥٠٣ ، روضة الطالبين : ٤ / ٢٩٢ ، الشرح الكبير مع المغني :

لأنه قد لا يقدر على الاستيفاء، فيحتاج إلى التوكيل، وإن كان غائباً لا يجوز، لاحتمال صدور العفو منه عن القاتل إذا كان حاضراً، فلا يجوز استيفاء القصاص مع قيام الشبهة.

هذا هو مذهب الحنفية في الاستيفاء^(١)، وخصاله: أنه لا يجوز التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص بدون حضور الموكل وهو المجني عليه وقت الاستيفاء؛ لأنها تدرأ بالشبهات، وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل، بخلاف حال حضرته أو وجوده لانتفاء الشبهة.

وقال المالكية: تجوز الوكالة باستيفاء العقوبات في حضرة الموكل وغيبته^(٢).

وقال الحنابلة في ظاهر المذهب عندهم: تجوز الوكالة باستيفاء الحدود والقصاص في حضرة الموكل وغيبته؛ لأن النبي ﷺ قال: «اغد يا أنيس إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها، فغدا عليها أنيس، فاعترفت، فأمر بها فرجمت»^(٣) وأمر النبي ﷺ بـرجم ماعز، فرجموه، ووكل عثمان علياً في إقامة حد الشرب على الوليد بن عقبة، ووكل علي الحسن في ذلك، فأبى الحسن، فوكل عبد الله بن جعفر، فأقامه وعلي يعد، ولأن الحاجة قد تدعو إلى التوكيل؛ لأن الإمام لا يمكنه تولي الحد بنفسه.

وقال بعض الحنابلة كالحنفية: لا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف في غيبة الموكل؛ لأنه يحتمل أن يعفو الموكل في حال غيبته فيسقط العقاب، وهذا الاحتمال شبهة تمنع الاستيفاء، ولأن العفو مندوب إليه، فإذا حضر احتمل أن يرحم المقتص منه أو القاذف، فيعفو.

(١) المبسوط: ١٩ / ٩، ١٠٦، فتح القدير: ٦ / ١٠٤ وما بعدها، تكللة فتح القدير: ٦ / ٦ وما بعدها، البدائع: ٦ / ٢١ وما بعدها، رد المختار على الدر المختار: ٤ / ٢١٨.

(٢) بداية المجتهد: ٢ / ٢٩٧، الشرح الكبير: ٣ / ٣٧٨.

(٣) تقدم تخريجه في الحدود عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني، رواه الموطأ وأحمد وأصحاب الكتب الستة إلا ابن ماجه.

إلا أن الرأي الأول هو ظاهر مذهب الحنابلة كما قلنا ؛ لأن ما جاز استيفاءؤه في حضرة الموكل جاز في غيبته كالحدود وسائر الحقوق ، واحتمال العفو بعيد ، والظاهر أنه لو عفا أعلم وكيله بعفوه ، والأصل عدم العفو فلا يؤثر^(١) .

وقال الشافعية : يصح التوكيل في استيفاء عقوبة آدمي كقصاص وحد قذف كسائر الحقوق المالية ، بل قد يجب التوكيل في حد القذف ، وكذا في حد قطع الطريق ، سواء في حضرة الموكل أو في غيبته .

ويصح التوكيل أيضاً للإمام في استيفاء حدود الله تعالى ؛ لأن النبي ﷺ بعث أنيساً لإقامة الحد ، وقال : « واغد يا أنيس إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها » وقال عليه السلام في قصة ما عز : « اذهبوا به فارجموه » ووكل عثمان رضي الله عنه علياً كرم الله وجهه ليقم حد الشرب على الوليد بن عقبة^(٢) .

والخلاصة : أن المالكية والشافعية والحنابلة يجيزون استيفاء الحدود والقصاص مع غيبة الخصم ، أما الحنفية : فلا يجيزون ذلك إلا بحضور الخصم .

ولا يجوز التوكيل في المعصية كالظهار ، فلا يوكل من يظهر عنه زوجته ؛ لأنه منكر ومعصية^(٣) .

ثانياً - الوكالة في حقوق العباد : حقوق العباد تنقسم إلى قسمين :

نوع لا يجوز استيفاءؤه مع وجود شبهة كالقصاص في القتل أو الأطراف . ونوع يجوز استيفاءؤه مع الشبهة . وحكم النوع الأول كما عرفنا : هو أنه يصح التوكيل في إثباته عند أبي حنيفة ومحمد .

ولا يجوز التوكيل في استيفائه حال غيبة المجني عليه ؛ لأنه قد يرتفع بحضور

(١) المغني : ٨٤/٥ ، الإفصاح لابن هبيرة : ٢٠٨/ .

(٢) مغني المحتاج : ٢٢١/٢ ، المهذب : ٣٤٩/١ .

(٣) الشرح الصغير : ٥٠٤/٣ ، نهاية المحتاج : ٢٢/٥ .

المجني عليه وعفوه عنه ، ففيه شبهة العفو ، والحدود تدفع بالشبهات كما بينا .

وأما النوع الثاني : وهو ما يجوز استيفاءه مع الشبهة فهو كالديون والأعيان وسائر الحقوق غير القصاص ، فإنه يجوز للوكيل أن يستلمها مع وجود شبهة عفو صاحبها ، وتركها لمن هي عليه . فحكم هذا النوع أنه يصح التوكيل باستيفائه وإثباته باتفاق الحنفية ، والدليل على جواز التوكيل بالخصومة هو حاجة الناس ؛ إذ ليس كل أحد يهتدي إلى وجوه الخصومات ، وقد صح أن علياً وكل عقيلاً ، وبعد ما أسن وكل عبد الله بن جعفر .

غير أن الحنفية اختلفوا في اشتراط توافر رضا الخصم للزوم التوكيل بإثبات الدين والعين وسائر الحقوق .

فقال أبو حنيفة : لا يلزم التوكيل بالخصومة إذا لم يكن الموكل حاضراً مجلس القضاء مع الوكيل إلا برضا الخصم إلا أن يكون الموكل مريضاً أو مسافراً مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً أو لا يحسن الادعاء والتقاضي ؛ أو كانت امرأة مستورة في خدرها ، أو كانت المرأة حائضاً أو نفساء والقاضي في المسجد ؛ لأنه تستحي من الحضور لمحافل الرجال ، وعن الجواب بعد الخصومة ، فيضيع حقها ، وفي غير المذكور للخصم أن يمتنع من محاكمة الوكيل إذا لم يكن حاضراً مجلس القضاء ؛ لأن حضوره مجلس الحكم ومخاصمته حق لخصمه عليه ، فلم يكن له نقله إلى غيره بغير رضا خصمه كالدين الذي عليه^(١) . والخلاصة : أن أبا حنيفة لا يميز التوكيل بغير رضا الخصم لمن لا عذر له إذا لم يكن الموكل حاضراً مجلس القضاء مع الوكيل . أما إذا كان الموكل حاضراً مجلس الحكم فتجوز الوكالة بلا خلاف بين الإمام وصاحبيه .

(١) المبسوط : ٧/١٩ وما بعدها ، فتح القدير : ١٠٤/٦ - ١٠٥ ، تكللة فتح القدير : ٨/٦ وما بعدها ، البدائع : ٢٢/٦ ، مختصر الطحاوي : ١٠٨/ ، رد المحتار : ٤١٨/٤ ، تكللة ابن عابدين : ٢٨٠/٧ ، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة : ١٢٤/ ، قال ابن عابدين : لا خلاف في الجواز ، إنما الخلاف في اللزوم يعني هل تردت الوكالة برد الخصم ؟ عند أبي حنيفة : تردت ، وعند الصاحبين : لا تردت ويجبر عليها .

وقال الصحابان وبقية الأئمة غير الحنفية : يجوز التوكيل في مطالبة الحقوق وإثباتها والمحاكمة فيها ، حاضراً كان الموكل أو غائباً ، صحيحاً أو مريضاً وإن لم يرض الخصم ، بشرط ألا يكون الوكيل عدواً للخصم ؛ لأن المذكور حق تجوز النيابة فيه ، فكان لصاحبه الاستنابة بغير رضا خصمه كحال غيبته ومرضه ، وكدفع المال الذي عليه ، ولأنه إجماع الصحابة رضي الله عنهم ، فإن علياً رضي الله عنه وكل عقيلاً عند أبي بكر رضي الله عنه ، وقال : « ما قضي له فلي ، وما قضي عليه فعلي » ووكل عبد الله بن جعفر عند عثمان ، وقال : « إن للخصومة قحاً - أي مهالك - وإن الشيطان ليحضرها ، وإنني لأكره أن أحضرها » ولأن الحاجة تدعو إلى التوكيل في الخصومات ، فإنه قد يكون له حق أو يدعى عليه ولا يحسن الخصومة^(١) ، أو لا يريد أن يتولاها بنفسه^(٢) .

واستثنى المالكية حالة ما إذا جالس الموكل خصمه ثلاث جلسات فأكثر عند القاضي ، فحينئذ لا يجوز له التوكيل إلا لعذر كمرض . واشترط الحنابلة شرطين لجواز الوكالة بالخصومة وهما :

١- ألا يكون التوكيل ممن علم ظلم موكله في الخصومة ، لقوله تعالى : ﴿ ولا تكن للخائنين خصيماً ﴾ .

٢- ألا يخاصم الوكيل عن الموكل في إثبات حق أو نفيه وهو غير عالم بحقيقة أمر موكله .

والختار للفتوى عند الحنفية تفويض التوكيل للحاكم ، فإن علم القاضي التعتت

(١) إن أصل معنى الخصومة في اللغة : هو النزاع والجدال ، ولكن هذا المعنى غير مقصود في اصطلاح الفقهاء ، فيحمل مجازاً على معنى الإجابة على دعوى المدعي من قبيل ذكر المطلق وإرادة التقييد .

(٢) مختصر خليل : ص ٢١٦ ، الميزان : ٨٢/٢ ، المغني : ٨١/٥ ، المهذب : ٢٤٨/١ ، الشرح الكبير للدردير : ٢٧٨/٢ ، الإفصاح لابن هبيرة : ص ٢٠٧ ، كشاف القناع : ٤٧١/٢ .

من الخصم يقبل التوكيل من غير رضاه . وإن علم الموكل قصد إضرار خصمه لا يقبل التوكيل^(١) .

والتوكيل بالشهادة : لا يجوز؛ لأن الشهادة تتعلق بعين الشاهد، لكونها خبراً عما رآه أو سمعه ، ولا يتحقق هذا المعنى في وكيله^(٢) .

وأما التوكيل بالإقرار في الوكالة بالخصومة : فيجوز عند الحنفية كما ذكر محمد في « الأصل » وعند المالكية والحنابلة ، كأن يقول « وكلتك لتقرعني لفلان بكذا » فيقول الوكيل : « أقررت عنه بكذا ، أو جعلته مقراً بكذا » ؛ لأن هذا الإقرار معناه إثبات حق في الذمة بالقول ، فجاز التوكيل فيه كالبيع^(٣) .

وأما الشافعية : فلا يجوز عندهم في الأصح التوكيل في الإقرار؛ لأنه إخبار عن حق ، فلا يقبل التوكيل كالشهادة ، فإنه لا يصح التوكيل بها ؛ لأنها تتعلق بعين الشاهد ؛ لكونها خبراً عما رآه أو سمعه ، ولا يتحقق هذا المعنى في نائبه^(٤) . ورد الجمهور على قياس الإقرار على الشهادة بأن هناك فرقاً بينهما ، فإن الشهادة لا تثبت الحق ، وإنما هي إخبار بثبوت الحق على غيره .

ويجوز فيما عدا ذلك التوكيل بقبض الدين ؛ لأن الموكل قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه ، فيحتاج إلى التفويض إلى غيره كالوكيل بالبيع والشراء وسائر التصرفات ، إلا أن التوكيل بقبض رأس مال السلم وبدل الصرف ؛ إنما يجوز في مجلس العقد ، لا خارج المجلس ؛ لأن الموكل نفسه يملك القبض فيه لا في غيره ، وبالقبض يبرأ المدين^(٥) .

(١) الدر المختار : ٤١٨/٤ .

(٢) نهاية المحتاج : ٢٢/٥ ، المغني : ٨٢/٥ .

(٣) البدائع : ٢٢/٦ ، بداية المجتهد : ٢٩٧/٢ ، المغني : ٨٢/٥ .

(٤) مغني المحتاج : ٢٢١/٢ ، المهذب : ٣٤٩/١ .

(٥) البدائع ، المرجع السابق .

وتجوز الوكالة بقضاء الدين ، لأن الموكل يملك القضاء بنفسه ، وقد لا يتهياً له القضاء بنفسه ، فيحتاج إلى التفويض إلى غيره .

وتجوز الوكالة بالإبراء من الدين ؛ لأنه إذا جاز التوكيل في اثباتها واستيفائها ، جاز التوكيل في الإبراء عنها .

وتجوز الوكالة بطلب الشفعة وبالرد بالعيب وبالقسمة ؛ لأن هذه حقوق يتولاها المرء بنفسه ، فملك توليتها غيره .

ويجوز التوكيل بالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والصلح على إنكار ؛ لأنه يملك هذه التصرفات بنفسه ، فملك تفويضها إلى غيره .

ويجوز أيضاً بالهبة والصدقة والإعارة والإيداع والرهن والاستعارة والارتهان والاستيهاج (أي طلب الهبة من الغير) كما ذكرنا .

ويجوز بالشركة والمضاربة أيضاً ، كما يجوز بالإقراض والاستقراض ، إلا أن في التوكيل بالاستقراض لا يملك الموكل ما استقرضه الوكيل إلا إذا قال : « أرسلني فلان إليك ليستقرض كذا » وحينئذ يكون المرسل رسولاً ، لا وكيلاً ، وإذاً يكون التوكيل بالاستقراض باطلاً .

ويجوز التوكيل بالصلح والإبراء ، كما يجوز بالطلاق والإجارة والاستئجار لما ذكرنا .

ويجوز بالسلم والصرف ، لأنه يملكها بنفسه ، فملك تفويضها إلى غيره ، ولكن بشرط قبض البدل في مجلس العقد ، كما هو معروف ^(١) .

(١) راجع البدائع ٢٢٦/٦ ، بداية المجتهد ٢٩٧/٢ ، مغني المحتاج ٢٢٠/٢ وما بعدها ، المغني ٨١/٥ ، المهذب :

٣٤٨/١ ، تكملة فتح القدير ٢١/٦ وما بعدها .

إلا أن بعض هذه العقود لا يصح للوكيل فيها أن يسندها إلى نفسه ، بل لابد من إسنادها إلى الموكل ، ومنها **النكاح** ، فلا بد من أن يقول الوكيل : « قبلت الزواج لفلان موكلي » أو « زوجت فلانة موكلتي » فإذا قال : « قبلت الزواج » ولم يقيده بأحد غيره ، أو قال : « قبلت الزواج لنفسي » فإنه ينعقد له ، لالموكله .

ومنها - **الهبة** فإنه لابد من أن يقول الوكيل فيها : « وهب موكلي » فإذا قال : « وهبت » لا تصح الهبة .

ومنها - **الصلح عن دم العمد** ، **والصلح عن انكار** : فإذا ادعى شخص على آخر مائتي درهم ، فأنكر المدعى عليه ، ثم وكل من يصلح على مئة ، فإنه لابد في الصلح من أن يقول الوكيل : « قبلت الصلح لفلان على مئة مثلاً » وإلا لم يصح الصلح . وهذا بخلاف الصلح عن إقرار فإنه يصح إضافته إلى الوكيل والموكل .

ومنها - **التصدق** : فإذا وكله في أن يتصدق من ماله بكذا ، فإنه ينبغي للوكيل أن يضيف الصدقة إلى موكله ، وإلا كانت من ماله .

ومنها - **الإيداع والإعارة والرهن والشركة والمضاربة** ، فلا بد من إضافتها إلى الموكل ^(١) .

والخلاصة : أن كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه ، جاز أن يوكل به غيره ، كما قال الحنفية ^(٢) .

وتجوز الوكالة بفسخ العقود ؛ لأنه إذا جاز التوكيل في عقدها ، ففي فسخها أولى .

وأما **التوكيل في تملك المباحات وتحصيلها** : كإحياء الموات وسقاية الماء والاصطياد والاحتشاش واستخراج المعادن ، فلا يجوز عند الحنفية ، فإذا حصل

(١) الفقه على المذاهب الأربعة : ٣ / ٢٢٣ .

(٢) راجع البداية : ٣ / ١٠٩ .

الوكيل على شيء مما ذكر فهو له ، وليس للموكل منه شيء . ويجوز عند المالكية وعند الشافعية في الأظهر ، وعند الحنابلة ، لأنها تملك مال بسبب لا يتعين عليه ، فجاز التوكيل فيه كسائر أسباب الملك من بيع أو هبة ونحوهما^(١) .

أما الوكالة بالخصومة كالمحاماة اليوم : فتجوز في حقوق الناس ، لما روي أن علياً وكل عقيلاً في الخصومة عند أبي بكر وعمر ، ووكل جعفرأً عند عثمان^(٢) ، ولأن الحاجة تدعو إلى التوكيل فيها ، إذ قد لا يحسن المرء الدفاع عن حقوقه ، أو يكره أن يتولى الخصومة بنفسه^(٣) .

وأما التوكيل بالبيع والشراء : فيجوز بلا خلاف بين الفقهاء ، لأنها مما يملك الموكل مباشرتها بنفسه ، فيملك التفويض إلى غيره ، إلا أن لجواز التوكيل بالشراء شرطاً : وهو الخلو عن الجهالة الكثيرة إذا كانت الوكالة خاصة .

وبيان المذكور عند الحنفية أن التوكيل بالشراء نوعان : عام وخاص^(٤) :

فالوكالة العامة : كأن يقول الموكل : اشتري ما شئت أو مارأيت ، أو أي ثوب شئت أو أي دار شئت ونحوها . وهي تصح مع الجهالة الفاحشة من غير بيان النوع والصفة والثمن ؛ لأنه فوض الرأي إليه ، فتصح مع الجهالة الكثيرة ، كما في عقد المضاربة .

ووافق المالكية الحنفية في تجويز الوكالة العامة ، ويدخل فيها جميع ما تصح فيه النيابة من الأمور المالية والزواج والطلاق وغيرها ، إلا ما يستثنيه الموكل من الأشياء .

(١) المراجع السابقة .

(٢) سنن البيهقي : ٦ / ٨١ .

(٣) الهداية : ٢ / ١٣٦ ، مختصر خليل : ص ٣١٦ ، المهذب : ١ / ٣٤٨ ، المغني : ٥ / ٨١ .

(٤) القوانين الفقهية : ص ٣٢٨ ، تحفة الطلاب : ص ١٦٩ ، غاية المنتهى : ٢ / ١٥١ .

وقال الشافعية والحنابلة: لا يصح التفويض العام، كأن يوكله في كل قليل وكثير، لوجود الغرر الكثير الذي لا ضرورة إلى احتماله.

والوكالة الخاصة: كأن يقول الموكل: اشتر لي ثوباً أو بيتاً أو جوهرأ أو شاة ونحوها، ويتنازع أمر الجهالة فيها قياس واستحسان. فالقياس: أنها لا تصح مع الجهالة قليلة كانت أم كثيرة، فلا بد من بيان الجنس والنوع والصفة ومقدار الثمن؛ لأن البيع والشراء لا يصحان مع الجهالة اليسيرة، فلا يصح التوكيل بهما أيضاً.

والاستحسان: أن الجهالة اليسيرة لا تؤثر، وإنما تؤثر الجهالة الكثيرة في صحة التوكيل. وجه الاستحسان: ما ثبت أن الرسول ﷺ «دفع ديناراً إلى حكيم بن حزام ليشترى له به أضحية».

ولو كانت الجهالة القليلة مانعة من صحة التوكيل بالشراء، لما فعله الرسول عليه السلام؛ لأن جهالة الصفة لا ترتفع بذكر الأضحية وقدر الثمن، ولأن الجهالة القليلة في باب الوكالة لا تفضي إلى المنازعة؛ لأن مبنى التوكيل على المسامحة.

وضابط الجهالة القليلة: هو أنه إذا كان اسم ما وكل بشرائه مما لا يتناول إلا نوعاً واحداً، وذكر فيه أحد أمرين: إما الصفة أو مقدار الثمن، فتكون الجهالة قليلة. وأما إذا كان اسم ما وكل بشرائه يتناول أنواعاً مختلفة أو في حكم الأنواع المختلفة، فإن الجهالة تكون كثيرة، فلا تجوز الوكالة إلا إذا بين النوع الموكل بشرائه، ولا يكفي بيان مقدار الثمن أو الصفة.

وعلى هذا فإن الجهالة اليسيرة: هي جهالة النوع المحض أي الذي لا تتفاوت قيم أحاده تفاوتاً فاحشاً.

وأما الجهالة الكثيرة: فهي جهالة الجنس. فعلى هذا، يغتفر الحنفية من

الغرر في الوكالة ما لا يغتفرونه في البيع ، فالجهالة التي اعتبروها يسيرة هنا : هي جهالة فاحشة مانعة من صحة البيع عند أكثرهم ومن لزومه عند بعضهم^(١) .

من أمثلة الجهالة القليلة ما يلي :

إذا قال الموكل للوكيل : « اشتر لي صوفاً انكليزياً أو هندياً أو يابانياً » تصح الوكالة لأنه بين الصفة ، أو قال : « اشتر لي صوفاً بألف ليرة » تصح الوكالة ، لأنه بين مقدار الثمن .

ولو قال : « اشتر لي حمراً أو بغيلاً أو فرساً أو بعبيراً » ولم يبين له صفة ولا ثمناً ، قالوا : تصح الوكالة ؛ لأن النوع معلوم ، وهو لا يختلف باختلاف أفراده ، وأما الصفة فهي معلومة هنا أيضاً ، وذلك بحسب حال الموكل .

ولو قال « اشتر لي شاة أو بقرة » ولم يذكر صفة ولا ثمناً : لا تصح الوكالة ؛ لأن الشاة والبقرة لا تصير معلومة الصفة بحال الموكل ، ولا بد من أن يكون أحدهما معلوماً كما ذكرنا .

ومن أمثلة الجهالة الكثيرة ما يأتي :

إذا قال الموكل للوكيل : اشتر لي حيواناً أو ثوباً أو دابة أو أرضاً أو جوهراً أو حنطة أو داراً ونحوها ، لا تصح الوكالة لوجود الجهالة الفاحشة ؛ لأن كل واحد من هذه الأشياء اسم يقع على أنواع مختلفة ، فالثوب مثلاً يطلق على ثوب الحرير والقطن والكتان والصوف ونحوها ، فكان لا بد من ذكر نوع معين بأن يقول : اشتر لي ثوباً قطنياً من صنع دمشق مثلاً ، أو يقول : « اشتر لي حنطة بثن كذا ، أو بوزن كذا »^(٢) .

(١) رسالة الغرر وأثره في العقود للدكتور الصديق الأمين : ص ٥٥٩ .

(٢) راجع المبسوط ١٩ / ٣٨ وما بعدها ، البدائع ٦ / ٢٣ ، تكملة فتح القدير : ٦ / ٢٧ وما بعدها ، رد المحتار

على الدر المختار : ٤ / ٤٢٠ ، تكملة رد المحتار : ٧ / ٣٦٥ .

المبحث الثالث - أحكام الوكالة :

إذا وقعت الوكالة صحيحة كان لها أحكام تتعلق بالتصرفات التي يملكها الوكيل ، وبالحقوق التي ترجع له في التوكيل بالبيع والشراء ، وبمجال المقبوض في يده ، هل يعتبر أمانة أم مضموناً ؟

أولاً - تصرفات الوكيل :

يترتب على الوكالة ثبوت ولاية التصرف الذي تناوله التوكيل ، وسنبحث هنا أنواع الوكالات لمعرفة أوجه التصرف التي يملكها الوكيل والتي لا يملكها .

١ - الوكيل بالخصومة (المحامي) :

أ - صلاحية الإقرار : الوكيل بالخصومة أي بالمرافعة أمام القضاء مثل المحامي اليوم ، يملك الإقرار على موكله بغير القصاص والحدود عند جمهور الحنفية ؛ لأن الوكيل بالخصومة وكيل بالجواب عن دعوى المدعي لبيان الحق وإثباته ، لا المنازعة فيه . والجواب قد يكون إنكاراً ، وقد يكون إقراراً^(١) . وقيد أبو حنيفة ومحمد أن يكون الإقرار في مجلس القاضي ، بينما لم يقيد أبو يوسف ، فأجاز إقرار الوكيل في مجلس القاضي وغيره .

وقال زفر ومالك والشافعي وأحمد : إذا كانت الوكالة مطلقة ، فلا تتضمن الإقرار على الموكل ، فلو وكل رجلاً في الخصومة لم يقبل إقراره على موكله بقبض الحق وغيره ؛ لأن الوكالة بالخصومة معناها التوكيل بالمنازعة ، والإقرار مسالمة ؛ لأنه معنى

(١) البدائع ٦ / ٢٤ ، تكلية فتح القدير : ٦ / ١٠ ، المبسوط : ١٩ / ٤ وما بعدها ، الدر المختار : ٤ / ٤٣٠ ، الكتاب مع اللباب : ٢ / ١٥١ .

يقطع الخصومة ، فهو يتنافى مع معنى الوكالة بالخصومة ، فلا يملكه الوكيل فيها كالإبراء . وفارق الإقرار الإنكار : بأنه لا يقطع الخصومة ، ولأن الوكيل لا يملك الإنكار على وجه يمنع الموكل من الإقرار ، فلو ملك الإقرار لامتنع على الموكل الإنكار ، وهو لا يجوز بدليل أن الوكيل لا يملك المصالحة عن الحق ولا الإبراء منه بدون خلاف^(١) .

واستثنى المالكية حالة كون الوكيل عاماً وجعل له الموكل الإقرار في عقد الوكالة ، وحالة اشتراط خصم الموكل أن يجعل الإقرار لوكيله ، بأن يقول له : لأتعاطى المخاصمة مع وكيلك حتى تجعل له الإقرار .

ومنشأ الخلاف في الحقيقة هو في قاعدة « هل الأمر المطلق الكلي يقتضي الأمر بشيء من جزئياته أم لا يقتضي ؟ » قال الحنفية : يقتضي ما ذكر ، لاشتمال الكلي على الجزئي ضرورة ، فيصح إقرار الوكيل بالخصومة .

وقال غير الحنفية : لا يقتضي ما ذكر ، إذ لا اختصاص للجنس بنوع من أنواعه ولا فرد من أفراده ، فلم يصح إقرار الوكيل بالخصومة ؛ لأن اللفظ من حيث إطلاقه لا يتناوله ، والقرينة العرفية إن لم تنفه فلا تقتضيه .
وبناء عليه قال الجمهور غير الحنفية :

ليس للوكيل المطلق ببيع شيء كأن يقول الموكل للوكيل : بع هذه العين ، أن يبيعه بالغبن الفاحش ولا بثمن المثل ولا بدون ثمن المثل ، ولا بالنقد ولا بالنسيئة ، إذ لا اختصاص للجنس بنوع من أنواعه ولا فرد من أفراده ، وإنما ملك البيع بثمن المثل ، لقيام القرينة الدالة على الرضا بسبب العرف^(٢) .

(١) بداية المجتهد : ٢ / ٢٩٧ ، الشرح الكبير : ٣ / ٣٧٩ ، المهذب : ١ / ٣٥١ ، المغني : ٥ / ٩١ .

(٢) تحرير الفروع على الأصول : ص ١٠٠ .

ثم إن الحنفية القائلين بجواز إقرار الوكيل اختلفوا في مكان صحته :

فقال أبو حنيفة ومحمد : يصح إقرار الوكيل في مجلس القاضي لا في غيره ، فيما عدا الحدود والقصاص ؛ لأن الموكل فوض الأمر إليه ، لكن في مجلس القضاء ؛ لأن التوكيل هو بالخصومة أو بجواب الخصومة ، وكل ذلك يختص بمجلس القاضي ، بدليل أن الجواب لا يلزم في غير مجلس القاضي .

وقال أبو يوسف : يصح إقرار الوكيل في مجلس القاضي وفي غيره ؛ لأن التوكيل تفويض ما يملكه الموكل إلى غيره ، وإقرار الموكل لا تقف صحته على مجلس القاضي ، فكذا إقرار الوكيل ^(١) .

واتفق الحنفية على أنه إذا وكل بالخصومة ، واستثنى الإقرار وتزكية الشهود في عقد الوكيل يصح ، ويكون وكيلاً بالإنكار . وإذا كان الاستثناء بكلام منفصل عن العقد بعد أن تم التوكيل مطلقاً ، فيصح عند أبي يوسف . ولا يصح عند محمد .
واتفق العلماء على أن إقرار الأب والوصي وأمين القاضي على الصغير لا يصح .

ب - صلاحية القبض : إن الوكيل بالخصومة في مال إذا قضى القاضي به يملك قبضه عند جمهور الحنفية ، وعند زفر : لا يملك ، ودليله : أن المطلوب من الوكيل بالخصومة الاهتداء إلى الحق ، ومن الوكيل بالقبض الأمانة ، وليس كل من يهتدي إلى شيء يؤتمن عليه ، فلا يكون التوكيل بالخصومة توكيلاً بالقبض .

ورد جمهور الحنفية على دليل زفر بأن الموكل لما وكل غيره بالخصومة فقد أئتمنه على قبضه ؛ لأن الخصومة فيه لا تنتهي إلا بالقبض ، فكان التوكيل بها توكيلاً بالقبض ^(٢) .

(١) البدائع ، المرجع السابق ، تكملة فتح القدير : ٦ / ١٠٢ وما بعدها .

(٢) البدائع : ٦ ص ٢٤ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ٦ / ٩٦ .

قال صاحب الهداية : والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله ، لظهور الخيانة في الوكلاء ، وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال^(١) .

وقال الشافعية والحنبلة : إن الوكيل بالخصومة لا يملك القبض ؛ لأنه غير مأذون به صراحة ولا عرفاً ، إذ ليس كل من يرضاه لتثبيت حقه يرضاه لقبضه^(٢) .

ج- صلاحية الصلح والإبراء : لا يملك الوكيل بالخصومة عند الحنفية والشافعية المصالحة عن الحق الموكل به ولا الإبراء عنه^(٣) .

د- توكيل الوكيل بالخصومة غيره : ليس للوكيل بالخصومة أن يوكل غيره ، إلا إن أذن له الموكل ؛ لأن الناس متفاوتون في الكفاءة في الخصومة ، وقد رضي الموكل برأي الوكيل لا برأي غيره^(٤) .

٢- الوكيل بتقاضي الدين^(٥) : إن أصل الرواية المنقولة عن أئمة الحنفية تقضي بأن الوكيل بتقاضي الدين يملك قبض الدين ؛ لأن حق التقاضي لا يتم المقصود منه إلا بالقبض ، فكان التوكيل به توكيلاً بالقبض ، ولأن التقاضي بمعنى القبض في الوضع اللغوي ، يقال : تقاضيته ديني وبديني ، واقتضيته ديني واقتضيت منه حقي أي أخذته . وقال في القاموس : وتقاضاه الدين : قبضه منه .

ولكن المتأخرين من الحنفية قالوا : إن الوكيل بتقاضي الدين لا يملك القبض عرفاً ؛ لأن الناس في هذا الزمان فسدت أحوالهم فلا يرضون بقبض الوكلاء لتهمة الخيانة في أموال بعضهم بعضاً . وهذا هو المفتي به عملاً بتعارف الناس ، والعرف قاض على أصل وضع المذهب^(٦) .

(١) تكملة فتح القدير: ٩٧/٦ ، البسوط: ١٩/١٩ ، مجمع الضمانات: ص ٢٦١ .

(٢) المهذب: ٣٥١/١ ، المغني: ٩١/٥ .

(٣) تكملة ابن عابدين: ٣٦٥/٧ ، المهذب: ٣٥١/١ .

(٤) البسوط: ١٢/١٩ .

(٥) تقاضي الدين لغة: هو أخذ الدين ، وعرفاً: هو المطالبة بالدين ، والعرف قاض على اللغة ، كما هو معروف .

(٦) انظر البدائع: ٢٥/٦ ، تكملة فتح القدير: ٩٧/٦ ، البسوط: ٦٧/١٩ وما بعدها ، رد المحتار على الدر المختار

لابن عابدين: ٤٢٩/٤ ، الكتاب مع اللباب: ١٥٠/٢ .

والوكيل بتقاضي الدين لا يملك أن يوكل غيره ؛ لأن الناس يتفاوتون في التقاضي ، فقد يتضايق المدين من تقاضي بعض الناس .

٣- الوكيل بقبض الدين : اختلف أئمة الحنفية في أن الوكيل بقبض الدين ، هل يملك الخصومة في إثبات الدين إذا أنكر المدين أم لا ؟

فقال أبو حنيفة : يملك الخصومة في إثبات الدين ، حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل الدين من المدين أو إبرائه المدين عن الدين تقبل البينة . ودليله : أن التوكيل بقبض الدين توكيل بالمبادلة (أي أن يملك المقبوض بمقابلة ما في ذمة المدين قصاصاً) والحقوق في مبادلة المال بالمال تتعلق بالعقد كما في البيع والإجارة ، والوكيل هنا هو العاقد .

ولإيضاح كون قبض الدين يعتبر مبادلة قيل : إن الديون تقضى بأمثالها ؛ لأن قبض نفس الدين غير متصور استيفاءؤه ، لأنه وصف ثابت في ذمة من عليه الدين ، فكان استيفاء الدين عبارة عن نوع مبادلة ، وهو مبادلة ما يأخذه عيناً بما في ذمة المدين ، فأشبهت هذه العملية عملية البيع ، وحقوق عقد البيع يمارسها نفس العاقد ، فإذا كان البيع قد تم بواسطة وكيل عن البائع ، فإن الوكيل هو المسؤول أمام المشتري عن كل ما يتعلق بالتزامات العقد مثل تسليم المبيع وكونه خالياً من العيوب ونحوها ، كما أنه هو الذي يطالب بتسليم الثمن .

وقال الصحبان : إن الوكيل بقبض الدين لا يكون وكيلاً بالخصومة ؛ لأن القبض هو استيفاء عين الحق ، فهو غير الخصومة ، وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي إلى وجه الخصومة ، فلا يكون الرضا بالقبض رضا بالخصومة .

واتفق الحنفية على أن الوكيل بقبض العين كالكتاب مثلاً لا يملك الخصومة ، لأنه أمين محض حيث لا مبادلة هنا ، لكونه وكيلاً بقبض عين حق الموكل ، والقبض ليس بمبادلة ، فأشبه الرسول . وعلى هذا إذا وكل إنسان غيره بقبض

كتاب له من شخص آخر، فأقام من بيده الكتاب بينة على أن الموكل باعه إياه، وقف الأمر حتى يحضر الموكل .

واتفقوا أيضاً على أن الوكيل بملازمة المدين ليحمله على وفاء الدين : لا يملك قبض الدين ولا الخصومة فيه .

وكذلك اتفق أئمة الحنفية الثلاثة على أن الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض ؛ لأن من ملك شيئاً ملك تمامه ، وتمام الخصومة بالقبض . وقال زفر : ليس وكيلاً بالقبض لأن الموكل رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ، ولم يرض به . والفتوى على قول زفر ، لظهور الخيانة في الوكلاء ، وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال .

أما الوكيل بطلب الشفعة أو بالرد بالعيب أو بالقسمة فإنه يملك الخصومة بالاتفاق أيضاً ؛ لأن الوكيل بأخذ الشفعة وكيل بالمبادلة ؛ لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء ، وكذا الرد بالعيب والقسمة فيهما معنى المبادلة ، فكانت الخصومة فيها من حقوقها^(١) .

وقال الشافعية والحنابلة : إن الوكيل بقبض الدين أو العين يكون وكيلاً بالخصومة في إثباته في أحد الوجهين ؛ لأنه لا يتوصل إلى القبض إلا بالإثبات ، فكان إذن فيه عرفاً ، ولأن القبض لا يتم إلا به . وفي وجه آخر لا يكون وكيلاً بالخصومة ؛ لأن الإذن بالقبض ليس ياذن في الإثبات لا نطقاً ولا عرفاً ؛ لأنه ليس في العرف أن من يرضاه للقبض يرضاه للإثبات . وكذلك هناك وجهان عندهم في الوكالة بطلب الشفعة أو قسمة شيء^(٢) .

ويظهر لنا أن الأصح من الوجهين هو الثاني عند الشافعية ، والأول عند الحنابلة .

(١) البسوط : ١٧/١٩ ، البدائع : ٢٥/٦ ، تكلية فتح القدير : ٩٩/٦ - ١٠٢ ، رد المحتار : ٤٢٩/٤ ، الكتاب مع اللباب : ١٥٠/٢ .

(٢) المهذب : ٣٥١/١ ، المغني : ٩١/٥ وما بعدها .

وهناك أحكام أخرى عند الحنفية تتعلق بالوكيل بالقبض ؛ منها :

توكيل الوكيل بالقبض غيره : القاعدة العامة هي أن الوكيل لا يجوز له أن يوكل غيره فيما وكل به ، بدون إذن موكله أو أن يقول له : اعمل برأيك ؛ لأن الموكل رضي برأيه وأمانته وحده ، والناس متفاوتون في الآراء والأمانة . ولكن مع هذا ينبغي أن تقسم الوكالة عند الحنفية إلى قسمين لمعرفة مدى انطباق هذه القاعدة ، وهما : الوكالة العامة والوكالة الخاصة .

فإذا كانت الوكالة عامة : بأن قال الموكل وقت التوكيل بالقبض : اصنع ما شئت ، أو ما صنعت من شيء فهو جائز علي ، أو نحوه ، فإنه يجوز للوكيل أن يوكل غيره بالقبض ، عملاً بمقتضى العموم .

وإذا كانت الوكالة خاصة : بأن لم يقل الموكل لفظاً يشعر بعموم الإذن بالتصرف ، فإنه لا يجوز للوكيل أن يوكل غيره بالقبض ؛ لأن الوكيل يتصرف بتفويض الموكل ، فيملك قدر ما فوض إليه .

فإن وكل مع ذلك وقبض الوكيل الثاني لم يبرأ المدين من الدين ، لأن توكيله بالقبض إذا لم يصح ، فقبضه وقبض الأجنبي سواء ، إلا إذا وصل ما قبض إلى الوكيل الأول ، فبرأ المدين من الدين ، لأنه وصل إلى يد من هو نائب الموكل في القبض .

فإن هلك المقبوض في يد القابض قبل أن يصل إلى الوكيل الأول ، ضمن القابض للمدين ، وكان للدائن أن يأخذ الدين من المدين ؛ لأن التوكيل بالقبض لم يصح ، فإذا أخذه منه ، رجع على من دفعه إليه ، فيرجع هذا بما ضمن على الوكيل الأول إن هلك ما قبض في يده ، لأنه صار مغرراً به من جهته بتوكيله بالقبض ، فيرجع عليه ، إذ كل غارضامن للمغرر به بما لحقه من المسؤولية من جهة ضمان الكفالة^(١) .

(١) البدائع : ٢٥/٦ ، تكملة فتح القدير : ٨٩/٦ وما بعدها .

وقال المالكية : ليس للوكيل أن يوكل غيره إلا أن يكون الوكيل لا يليق به تولي ما وكل فيه بنفسه ، كأن يكون وجيهاً ، والموكل به أمر حقير ، فله التوكيل حينئذ^(١) .

وقال الشافعية والحنابلة : ليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به 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^(٢) .

أخذ العوض عن الدين : ليس للوكيل بقبض الدين أن يأخذ عيناً مكان الدين ؛ لأن هذا يعتبر معاوضة ، وعقد المعاوضة ليس من صلاحية الوكيل بالقبض ، لأنه موكل بقبض الحق لا غير ، لا بالاستبدال ولا بالاعتياض^(٣) .

توكيل اثنين بقبض الدين : لو وكل إنسان وكيلين بقبض دينه ، فليس لأحدهما أن ينفرد بالقبض دون صاحبه ؛ لأن الموكل رضي برأيها لا برأي أحدهما ، فإن قبض أحدهما لم يبرأ الغريم ، حتى يصل ما قبض أحدهما إلى صاحبه ، فيقع المقبوض في أيديهما جميعاً ، أو يصل إلى الموكل ؛ لأن المقصود بالقبض قد حصل ، فكأنهما قد قبضاه من ابتداء الأمر^(٤) .

قبض الشيء معيباً : لو أن الوكيل بقبض الدين قبضه ، فوجده معيباً ، فما كان للموكل رده فله رده ، وأخذ بدله ، لأنه قائم مقام الموكل ، فهو يملك قبض حقه أصلاً ووصفاً ، فكذا الوكيل^(٥) .

(١) الشرح الكبير للدردير : ٣٨٨/٣ .

(٢) مغني المحتاج : ٢٢٦/٢ ، المغني : ٨٨/٥ .

(٣) البدائع ، المرجع السابق : ص ٢٦ .

(٤) تكملة فتح القدير ، المرجع السابق : ص ٨٦ وما بعدها .

(٥) البدائع ، المرجع السابق .

ادعاء الوكالة عن الغائب في قبض الدين : إذا ادعى إنسان أنه وكيل فلان الغائب في قبض دينه ، فصدقه المدين ، أمر بتسليم الدين إليه^(١) ؛ لأن تصديق المدين إياه معناه : أنه أقر بالدين على نفسه ، ومن أقر على نفسه بشيء أمر بتسليمه إلى المقر له .

وحيث إذا حضر رب الدين الغائب ، فصدق مدعي الوكالة بأنه وكيله ، فيها ونعمت ، وإن لم يصدقه ، فهناك ثلاثة أوجه :

أحدها : إن صدق المدين مدعي الوكالة ، ودفع الدين إليه ، فإنه يدفع إلى الدائن دينه مرة أخرى ؛ لأنه إذا أنكر الوكالة ، لم يثبت للدائن استيفاء حقه ، والقول في إنكار الوكالة قول رب الدين مع يمينه ؛ لأن الدين كان ثابتاً ، والمدين يدعي أمراً عارضاً وهو سقوط الدين بأدائه إلى الوكيل ، ورب الدين ينكر الوكالة ، ومن المعروف أن القول بقول المنكر مع يمينه ، وإذا لم يثبت الاستيفاء يفسد الأداء إلى مدعي الوكالة ، وحيث يجب الدفع ثانية إلى رب الدين ؛ لأن أداء الدين واجب على المدين ، ثم يرجع المدين بما دفعه ثانياً على مدعي الوكالة إن كان المال باقياً في يده ؛ لأن غرض المدين من الدفع إلى الوكيل براءة ذمته من الدين ، ولم تحصل تلك البراءة ، فيحق للمدين أن ينقض قبض الوكيل . وإن كان ما دفعه إليه ، ضاع في يده ، لم يرجع المدين على الوكيل ؛ لأن المدين بتصديق الوكيل اعترف أن الوكيل محق في القبض ، والحق في القبض لا رجوع عليه ، ولأن المدين بتصديقه اعترف أنه مظلوم في أخذ الدين مرة ثانية ، والمظلوم لا يظلم غيره .

ولكن إذا قال مدعي الوكالة : إني وكيل فلان الغائب بقبض الوديعة التي عندك ، فصدقه الوديع ، لم يؤمر بالتسليم إليه ؛ لأنه أقر له بما لا غير ، بخلاف الدين ، لأن الدين حق شخصي ثابت في الذمة ، فيلزم المدين إذا صدق المدعي بتسليمه الدين

(١) أي إلى مدعي الوكالة .

عملاً بإقراره، أما في حالة الوديعة فلا يلزم بتسليمها إلى مدعي الوكالة؛ لأن حق المودع فيها حق عيني، وهو الملكية المتعلقة بعينها، فلا يعمل بإقراره لمساسه بحق الغير. أما الدين فيقتصر أثر الإقرار فيه على المقر فينفذ.

والثاني: إن صدق المدين مدعي الوكالة وضمنه عند الدفع بأن يقول له: اضمن لي ما دفعته عن الدائن، حتى لو أخذ مني الدائن ماله أخذ منك ما دفعته إليك، فإن المدين يرجع على الوكيل حينئذ بما دفعه له أولاً؛ لأن الذي أخذه الدائن منه مرة ثانية ضامن له في زعم الوكيل والمدين؛ لأن الدائن في نظرهما يعتبر غاصباً فيما يقبضه ثانياً. وكأن هذا يعتبر كفالة من مدعي الوكالة كما لو قال: «أنا ضامن لك ما يقبضه منك فلان»، وهذه الكفالة صحيحة؛ لأنها كالكفالة المضافة إلى حال وجوب شيء في المستقبل على المكفول عنه أي بما يجب على إنسان في المستقبل.

والثالث: إذا كذب المدين مدعي الوكالة، أو لم يصدق ولم يكذب ومع ذلك دفع الدين إليه على ادعائه، فإن رجح صاحب المال على المدين، رجح المدين على الوكيل، لأنه إذا كذبه، صار الوكيل في حقه، بمنزلة الغاصب، ولمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب قطعاً. وإذا لم يصدقه ولم يكذبه في ادعاء الوكالة، فهو إنما دفع إليه على رجاء أن يجيزه صاحب المال، فإذا انقطع رجاءه بسبب أخذ الدائن حقه منه، رجح المدين الغريم على الوكيل^(١).

٤- الوكيل بالبيع: الوكيل بالبيع إما أن يكون مطلق التصرف أو مقيّد التصرف. فإن كان مقيّد التصرف، فيراعى فيه القيد بالاتفاق، فإذا خالف قيده، لا ينفذ تصرفه على الموكل، ولكن يتوقف على إجازته إلا إذا كانت مخالفته إلى خير؛ لأنه محقق لمقصوده ضمناً. بيانه بالمثال: أن يقول الموكل: بع بستاني هذا بألف

(١) تكلّة فتح القدير مع العناية: ١١٣/٦ وما بعدها، البدائع: ٢٦/٦، مجمع الضمانات: ص ٢٥٣، الكتاب مع اللباب: ١٥٢/٢.

ليرة ، فباعه بأقل من ألف ، لا ينفذ لأنه خلاف إلى شر ، وإن باعه بأكثر من ألف ليرة نفذ لأنه خلاف إلى خير . وإذا وكله بالبيع نقداً ، فباع مؤجلاً لم ينفذ ، بل يتوقف على إجازة الموكل . أما إذا وكله بالبيع مؤجلاً فباع نقداً نفذ .

وإذا وكله بالبيع في مكان معين لكون الثمن فيه أجود أو أكثر ، لا يجوز له البيع في غيره عند الشافعية والحنابلة ؛ لأنه قد يفوت غرضه . وكذا عند الحنفية إن أكده بالنفي ، فقال له : لا تبعه إلا في سوق كذا .

وإذا وكله بالبيع في زمان معين ، لزمه بيعه فيه ؛ لأنه قد يحقق له مصلحة أو حاجة في ذلك الزمان بعينه .

وإذا وكله بالبيع من رجل بعينه ، لا يجوز له أن يبيعه لغيره ؛ لأنه قد يؤثر الموكل تمليك هذا الرجل دون غيره .

وإذا وكله بالبيع بمئة مثلاً ، لا يجوز أن يبيع بأقل منها ، لفوات المقدار المنصوص عليه .

وإن كان الوكيل مطلق التصرف ، فيعمل بمقتضى الإطلاق عند أبي حنيفة ، فيجوز له أن يبيع بأي ثمن كان ، قليلاً أو كثيراً ، وإن كان بغبن فاحش ، أو كان الثمن عيناً أو ديناً في الذمة . دليله : أن الأصل في اللفظ المطلق أن يجري على إطلاقه ، ولا يجوز تقييده إلا بدليل كوجود تهمة ، فيتناول كل ما يطلق عليه البيع ، ولا يعتمد على العرف ؛ لأن العرف متعارض ، فإن البيع بغبن فاحش ليتوصل بثمن المبيع إلى شراء ما هو أربح منه متعارف أيضاً ، فلا يجوز تقييد المطلق مع تعارض العرف .

وقال الصحابان وبه أخذ الطحاوي وهو الراجح المفتى به عند الحنفية : لا يجوز للوكيل بالبيع مطلقاً أن يبيع إلا بالنقود الرائجة في البلد (أي الأثمان المطلقة في اصطلاح الفقهاء) وبمثل القيمة ، فلا يجوز البيع إلا بما يتغابن الناس فيه عادة ، والمقدار الذي يتغابن الناس فيه عند الطحاوي كما ذكر محمد في الجامع الصغير :

هو نصف العشر فأقل منه ، ودليلها : أن الوكالة بالبيع مطلقاً تنصرف إلى البيع المتعارف ، والبيع بغير النقود أو بغبن فاحش ليس بتعارف ، وإنما المتعارف هو البيع بالنقود وبثن المثل ، فيتقيد الإطلاق بالعرف ، كما في التوكيل بالشراء^(١) .

والصحيح في تقدير الغبن الذي يفصل بين الغبن اليسير والغبن الفاحش : هو ما روي عن محمد رحمه الله في النوادر : وهو أن كل غبن يدخل تحت تقويم المقومين ، فهو يسير ، وما لا يدخل تحت تقويم المقومين فهو فاحش^(٢) .

وضبطاً للمقاييس القضائية حددت مجلة الأحكام العدلية (م ١٦٥) الغبن الفاحش بما يعادل ٥% في المنقولات ، و ١٠% في الحيوان ، والخمس أو ٢٠% في العقارات ، أو أزيد من ذلك ، وما دونه غبن يسير .

وقال جمهور العلماء بما قال به الصحابان ، فلم يجزوا البيع بأقل من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس به من غير إذن الموكل ؛ لأن الوكيل منهي عن الإضرار بالموكل ، مأمور بالنصح له ، كما لم يجزوا البيع بغير نقد البلد (أي بلد البيع) بدلالة القرينة العرفية عليه^(٣) . فإن كان في البلد نقدان باع بالغالب منها ، وإن استويا باع بما هو أنفع للموكل .

ويجري هذا الخلاف في صفة البيع نقداً أو نسيئة : فقال أبو حنيفة : يملك الوكيل البيع بالنقد والنسيئة ، لإطلاق الوكالة .

وقال الصحابان وجمهور العلماء : لا يملك الوكيل إلا البيع بالنقد أي حالاً غير

(١) البدائع : ٢٧/٦ . مختصر الطحاوي : ص ١١١ ، تكلية ابن عابدين : ٢٨٢/٧ ، تكلية فتح القدير : ٧٠/٦ وما بعدها . جمع الضمانات : ص ٢٤٩ ، مختصر خليل : ص ٢١٦ وما بعدها ، المجموع : ٥٦٢/١٢ ، المهذب : ٣٥٢/١ وما بعدها . الكافي لابن قدامة : ٢٥٤/٢ ، طبع المكتب الإسلامي ، كشاف القناع : ٤٦٣/٢ وما بعدها .

(٢) تكلية فتح القدير ، المرجع السابق : ص ٧٦-٧٧ ، البدائع : ٣٠/٦ ، الدر المختار : ٤٢٥/٤ .

(٣) الشرح الكبير : ٢٨٢/٢ ، المهذب : ٣٥٢/١ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢٢٢/٢ وما بعدها ، المغني : ١٢٤/٥ ، بداية المجتهد : ٢٩٨/٢ ، قواعد الأحكام لابن عبد السلام ، ط الاستقامة : ١٠٧/٢ .

مؤجل ؛ لأن الأصل في البيع النقد ، وإنما يحصل التأجيل لظروف طارئة كما في أحوال الكساد^(١) .

وأما الوكيل بالبراء : فلا يجوز له بالاتفاق أن يشتري إلا بثن أو بما يتغابن الناس في مثله عادة ، ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله . ففي الوكالة بالبراء يتفق أبو حنيفة مع بقية العلماء . والسبب في تفرقه بين البيع والشراء : هو أن الشراء يشتمل على التهمة ، فإن الوكيل الذي يشتري الشيء الموكل به يستحسن هذا الشيء فيشتريه لنفسه ، فإذا لم يوافقه بأن تبين فيه الغبن ، ألحق الشراء بغيره وهو الموكل ، ومثل هذه التهمة غير متحققة في البيع^(٢) .

بيع الوكيل بعض الموكل ببيعه : إذا باع الوكيل بعض الموكل ببيعه فهو على وجهين :

أ- إن كان ذلك مما لا ضرر في تبيعه ، جاز باتفاق الحنفية ، وذلك مثل المكيل والموزون ، أو بيع شيئين كدارين ، فباع إحداها ، جاز اتفاقاً .

ب- وإن كان في تبيعه ضرر بأن وكله ببيع كتاب ، فباع نصفه ، جاز عند أبي حنيفة رحمه الله . وعند الصاحبين والشافعية والحنابلة : لا يجوز إلا بإجازة الموكل ، أو ببيع النصف الباقي ، دليلهم : أن التوكيل ينصرف إلى المتعارف ، وبيع النصف غير متعارف ، لما فيه من ضرر الاشتراك بملكية الأعيان ، ويجب دفع الضرر .

ودليل أبي حنيفة : هو أنه كما يجوز للوكيل بيع الكل بهذا القدر من الثمن الذي باع به ، يجوز بيع البعض به من باب أولى ؛ لأنه نفع موكله حيث أمسك البعض على ملكه .

(١) المراجع السابقة .

(٢) البدائع ، المرجع السابق ، تكملة الفتح ، المرجع السابق : ص ٧٥ ، رد المحتار : ٤/٤٢٤ ، تكملة المجموع : ١٣/٥٧٢ .

المغني : ١٢٧/٥ .

وأما الوكيل بالشراء : فلا يجوز له باتفاق الحنفية أن يشتري البعض إلا بإجازة الموكل ، أو بشراء البعض الآخر . والفرق بين الوكيل بالشراء والوكيل بالبيع عند أبي حنيفة : هو أن الشراء تتحقق فيه التهمة بعكس البيع ، كما عرفنا ، فلا يجوز للوكيل بالشراء أن يشتري البعض بثمن الكل ^(١) .

وقد أخذ الشافعية والحنابلة بمذهب الصاحبين في بيع بعض الموكل ببيعه ^(٢) .
وأما المالكية فقالوا : إن لفظ الموكل العام يتخصص بالعرف ^(٣) . والعرف في بيع كتاب مثلاً أن يعقد على جميعه .

إبراء المشتري من الثمن : الوكيل بالبيع يملك عند أبي حنيفة إبراء المشتري من الثمن ، وله أن يؤخره عنه كما له أن يأخذ عوضاً به أو أن يصلح له على شيء ، أو يحال به على شخص آخر ، ويكون حينئذ ضامناً للوكيل . دليله : أن قبض الثمن من حق الوكيل ، فتكون هذه التصرفات حقاً له ، ولكن يضمن الثمن للموكل : لأنه وإن كان التصرف في حق نفسه ، لكنه تعدى إلى ملك غيره بالإتلاف ، فيجب عليه الضمان ^(٤) .

ولا يملك الوكيل عند الصاحبين شيئاً مما ذكر ؛ لأنه تصرف في حق الموكل بغير إذنه .

توكيل الوكيل بالبيع غيره : ليس للوكيل بالبيع بالاتفاق أن يوكل غيره بدون إذن موكله ؛ لأن الوكالة ملحوظ فيها خصوص شخص الوكيل لاعتبارات تتعلق بالرأي والخبرة والأمانة ونحوها ^(٥) . واستثنوا مما قالوا ما يأتي :

(١) البدائع : ٢٧/٦ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ٧٨/٦ وما بعدها .

(٢) المهذب : ٣٥٣/١ ، المغني : ١٢٦/٥ .

(٣) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٣٨١/٣ .

(٤) البدائع : ٢٨/٦ ، مجمع الضمانات : ص ٢٤٥ .

(٥) البدائع ، المرجع السابق ، تكملة ابن عابدين : ٣٥٦/٧ . الشرح الصغير : ٥١٣/٣ ، مغني المحتاج : ٢٢٦/٢ ، المغني :

٨٨/٥ وما بعدها .

أ- أن يكون الموكل فيه مما لا يليق بمروءة الوكيل،، كبيع دابة في السوق،
والحال أن الوكيل شريف النفس لا يناسبه تولي مثل البيع بنفسه .

ب- أن يكون الموكل فيه كثيراً مما لا يمكنه تولي العمل كله بنفسه إلا بمساعدة
غيره .

ج- أن يكون الموكل فيه مما يحتاج إلى مهارة خاصة كالمهندسة ونحوها،
والوكيل ليس أهلاً لذلك . وهذا في الوكيل الخاص، أما الوكيل العام عند الحنفية
والمالكية فيجوز له توكيل غيره مطلقاً .

التصرفات المشبوهة : ليس للوكيل بالبيع أن يبيع لنفسه ؛ لأنه متهم في
تصرفه ، ولأن حقوق العقد تعود إلى الوكيل ، فيؤدي بيعه من نفسه إلى أن يكون
الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومتسماً مطالبياً ومطالباً ، وهذا محال . وبناء
عليه اشترط الفقهاء لانعقاد البيع تعدد العاقد .

كما أنه ليس للوكيل عند أبي حنيفة أن يبيع أو يشتري بثن المثل أو أقل^(١) من
أبيه وجده وولده وسائر من لا تقبل شهادته له كولد ولده وزوجته ؛ لأن البيع من
هؤلاء يبيع من نفسه من حيث المعنى ، لاتصال منافع ملك كل واحد منهم به^(٢) ، فكان
في بيعه لهم تهمة بإيثار العين المبيعة لهم ، بدليل أنه لا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه
بخلاف الأجنبي .

وقال الصحبان : يجوز له أن يبيع لهؤلاء أي لا لنفسه بمثل القيمة ؛ لأن
التوكيل مطلق ، والبيع من هؤلاء ومن شخص آخر أجنبي عنهم سواء ، ولا تهمة هنا ؛
لأن أملاكهم متباينة ، فلا يملك أحدهم ما يملكه الآخر ، وإذا كانت الأملاك متباينة
تكون المنافع منقطعة فيما بينهم^(٣) .

(١) أما بأكثر من ثمن المثل فيجوز .

(٢) بدليل أن كل واحد منهم ينتفع بمال الآخر عادة ، فصار مال كل واحد منهم كالصاحبه من وجه .

(٣) البدائع ، المرجع السابق ، تكملة فتح القدير : ٦٧/٦ وما بعدها ، رد المختار : ٤٢٤/٤ ، مجمع الضمانات : ص ٢٦١ .

وقال المالكية : لا يجوز للوكيل أن يبيع ما وكل ببيعه لنفسه أو من في حجره من صغير أو سفیه أو مجنون ، ويجوز أن يبيع لزوجته ووالده الرشيد إذا لم يحايها ، وروي عن الإمام مالك أنه يجوز للوكيل أن يشتري الشيء لنفسه^(١) .

وقال الشافعية في الأصح عندهم ، والحنابلة في إحدى الروايتين عن أحمد : لا يجوز للوكيل أن يبيع لنفسه وولده الصغير ، ويجوز أن يبيع لأبيه وجده وابنه البالغ وسائر فروعه المستقلين ؛ لأنه باع بالثمن الذي لو باع به لأجنبي لصح ، فلا تهمة حينئذ ، فهو كما لو باع من صديقه^(٢) . وبه يتبين أن الحنفية لا يجيزون مطلقاً بيع الوكيل لنفسه ، وأما الجمهور فلا يجيزون هذا البيع إلا إن أذن له الموكل بالبيع . واشترط المالكية أيضاً شرطين آخرين :

أ- أن يكون البيع بحضرة الموكل ولم ينكر عليه .

ب- أن تتناهى الرغبات فيه ويسمى الثمن .

ومنع أبو حنيفة البيع للأصول والفروع والزوجة ، وأجاز الجمهور البيع للأصول والزوجة بثن المثل دون الفروع . ورأي أبي حنيفة أرجح لدي لا سيما في عصرنا بعداً عن التهمة .

والخلاصة : أن على الوكيل أن يلتزم بواجباته ، وتنفيذ ما التزم به في حق الموكل . وعلى الموكل واجب تحمل الخسارة العارضة إن لم تكن بتعدي أو تقصير ، وواجب دفع ما يستحقه الوكيل من أجر إذا كانت الوكالة مأجورة ، وأدى الوكيل العمل المأمور به .

٥- تصرفات الوكيل بالشراء : تكلمنا عن حكم الجهالة في نوعي الوكالة

(١) الشرح الكبير: ٢٨٧/٢ وما بعدها، المغني: ١٠٧/٥ وما بعدها، الخرشي: ٧٧/٦ وما بعدها.

(٢) مغني المحتاج: ٢٢٤/٢ وما بعدها، المغني: ١٠٧/٥ وما بعدها.

بالشراء العامة والخاصة ، وتتكلم هنا عن تصرفات الوكيل بالشراء في نوعي الوكالة المطلقة والمقيدة^(١) .

فإذا كانت الوكالة مقيدة فإنه يراعى فيها القيد ما أمكن ، سواء أكان القيد راجعاً إلى المُشْتَرَى ، أم إلى الثمن ، فإذا خالف الوكيل لا يلزم الموكل بالشراء إلا إذا كان خلافاً إلى خير ، فيلزمه .

مثال القيد العائد للمُشْتَرَى : أن يقول الموكل : اشتر لي ثلاجة من صنع بلدة معينة ، فاشترى ثلاجة من صنع بلدة أخرى ، فلا يلزم الموكل بالشراء ، ويلزم الوكيل ؛ لأن الأصل في كل مقيد اعتبار القيد فيه إلا قيدهم إلا فائدة من اعتباره ، وهذا القيد المذكور مفيد .

ومثال القيد العائد للثمن : أن يقول الموكل : اشتر لي ثلاجة بألف ليرة ، فاشترى ثلاجة بأكثر من الألف ، فيلزم الشراء بالوكيل دون الموكل ؛ لأنه خالف أمر الموكل ، فيصير مشترياً لنفسه .

وإن اشترى ثلاجة بثمانمائة ليرة ، ومثله يشتري عادة بألف ، لزم الشراء الموكل ؛ لأن الخلاف إلى خير لا يكون خلافاً معنى .

وإن وكله بشراء شيء فاشترى بعضه : فإن كان في تبغيضه ضرر كالسيارة لم يلزم الموكل بشراء البعض ، وإن لم يكن في تبغيضه ضرر ، كالأرض الواسعة ، لزم الموكل الشراء عند الحنفية والشافعية والحنابلة .

ولو وكله بالشراء بالتقسيم أو مؤجلاً ، فاشترى بثن حال ، لزم الشراء الوكيل ، لأنه خالف قيد الموكل . فإن كانت الوكالة بالعكس ، فاشترى بالتقسيم أو مؤجلاً ،

(١) راجع التفصيل في اليدائع : ٢٩/٦ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ٧٥/٦ وما بعدها ، مختصر الطحاوي : ص ١١٠ وما بعدها ، المبسوط : ٣٩/١٩ ، الدر المختار : ٤٢١/٤ وما بعدها ، مجمع الضمانات : ص ٢٤٩ .

لزم الشراء الموكل ؛ لأنه وإن خالف الوكيل مخالفة صورية ، فقد وافق طلب الموكل في المعنى ، والعبرة للمعنى لا للصورة .

ولو وكله أن يشتري ويشترط الخيار للموكل ، فاشترى بغير خيار ، لزم الشراء الوكيل .
وإذا وكله بشراء شيء بعينه ، فاشترى الوكيل غيره ، يكون الموكل عند الحنفية مخيراً بين القبول والرد ، وعند الجمهور : إن الشراء لازم للوكيل .

وفي الجملة : إن القاعدة العامة هي أن الوكيل بالشراء إذا خالف أمر الموكل يكون عند الحنفية مشترياً لنفسه إلا إذا كان خلافاً إلى خير فيلزم به الموكل باتفاق الفقهاء ، والوكيل بالبيع إذا خالف أمر الموكل يتوقف بيعه على إجازة الموكل . والفرق بينها كما عرفنا سابقاً : هو أن الوكيل بالشراء متهم في جعل الشراء لنفسه ، فينفذ عليه ^(١) .

وبناء عليه : إذا وكله في شراء شاة بدينار فاشترى بالدينار شاتين يلزم الموكل بهما عند الحنفية ؛ لأنه خلاف إلى خير . وكذا يلزم الموكل بهما بلا خيار عند المالكية . ويلزم بهما عند الشافعية والحنابلة إن ساوت كل واحدة منهما أو إحداها ديناراً ^(٢) عملاً بقصة عروة البارقي وكيل النبي ﷺ .

وإذا كانت الوكالة مطلقة فيراعى فيها الإطلاق ما أمكن إلا إذا قام دليل على التقييد من عرف أو غيره ، فيتقيد به . وعليه إذا وكل رجلاً بشراء دابة وسمى نوعها وثنها ، بأن قال : حماراً أو نحوه ، فاشترى دابة عوراء ، جاز الشراء ولزم الموكل ، وكذا إذا اشترى دابة عمياء أو مشلولة اليدين أو الرجلين ، ألزم الموكل بالشراء عند أبي

(١) المبسوط : ١٩ / ١١٧ .

(٢) تكملة ابن عابدين : ٧ / ٣١١ ، مختصر خليل : ص ٢١٧ ، الحرشي : ٦ / ٧٥ ، المهذب : ١ / ٣٥٥ ، تكملة المجموع :

١٢ / ٥٨٤ ، المغني : ٥ / ١٢٨ .

حنيفة؛ لأن اسم الدابة يطلقها يقع على هذه الدابة، كما يقع على سلية الأعضاء، فلا يجوز تقييد المطلق إلا بدليل.

وقال الصحبان: لا يلزم الموكل بهذا الشراء، ويلزم الوكيل به؛ لأن الدابة تشتري لاستخدامها عرفاً وعادة، وغرض الاستخدام لا يحصل عند فوات جنس المنفعة، فيتقيد المشتري بالسلامة عن هذه الصفة بدلالة العرف.

وإذا وكل إنسان بشراء شيء وكالة صحيحة ولم يسم له الموكل ثمناً، فاشترى الوكيل الشيء بمثل القيمة، أو بأقل من القيمة، أو بزيادة يتغابن الناس في مثلها، جاز الشراء على الموكل. وإن اشترى الوكيل بزيادة لا يتغابن الناس في مثلها، يلزم الوكيل بالشراء؛ لأن الزيادة القليلة مما لا يمكن الاحتراز عنها، فجاز الشراء على الموكل، حتى لا يضيق الأمر على الوكلاء، ولتأمين حاجة الناس إلى الوكالات، وهذا هو الراجح لدى الحنفية.

وأما الزيادة الكثيرة فلا ضرورة فيها، لإمكان الاحتراز عنها^(١).

والضابط المميز بين الزيادة القليلة والكثيرة في الراجح عند الحنفية هو كما عرفنا سابقاً: إن كانت الزيادة داخلة تحت تقويم المقومين لثن الشيء، فهي قليلة، وإن كانت غير داخلة تحت تقويمهم فهي كثيرة؛ لأن الزيادة حينئذ تكون متحققة.

ومنعاً من الاختلاف: لا بد للموكل الذي يوكل غيره بشراء شيء من تسمية جنسه وصفته، أو جنسه ومقدار ثمنه، إلا أن يوكله وكالة عامة، فيقول: اشتر لي ما رأيت؛ لأنه فوض الأمر إلى رأيه، فأى شيء يشتريه يكون ممثلاً في رأي أبي حنيفة خلافاً للصحابين إذ يتقيد بالعرف والعادة^(٢).

(١) الخلاصة أن الشراء بالغبن الفاحش لا ينفذ على المشتري باتفاق أئمة الحنفية، أما البيع بغبن فاحش فيه اختلاف، قال أبو حنيفة: ينفذ البيع على الموكل عملاً بإطلاق التوكيل، وقال الصحبان: لا ينفذ البيع؛ لأن المطلق مقيد بالعرف، وهو الراجح.

(٢) الكتاب مع اللباب: ١٤٢/٢، ١٤٧.

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: إذا كانت الوكالة بالشراء مطلقة، فيلزم المشتري أن يشتري بثن المثل، ولا يشتري بأكثر من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس به من غير إذن الموكل؛ لأن الوكيل منهي عن الإضرار بالموكل، مأمور بالنصح له، وفي الزيادة على ثمن المثل في الشراء إضرار وترك للنصح^(١).

وإذا وكل رجل بشراء شيء بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه، وإذا اشترى يقع الشراء للموكل؛ لأن شراءه لنفسه عزل لنفسه عن الوكالة، وهو لا يملك العزل إلا بحضور من الموكل.

أما إذا وكل بشراء شيء بغير عينه، فيكون الشراء لنفسه، إلا أن ينويه للموكل. والوكيل بالشراء لا يملك الشراء من نفسه، كما لا يملكه الوكيل بالبيع، وهذا باتفاق الحنفية والشافعية والحنابلة؛ لأن حقوق العقد كما عرفنا ترجع عند الحنفية والشافعية إلى الوكيل، ولا يمكن أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومتسلاً، مطالباً ومطالباً، ولأنه متهم في الشراء من نفسه. وروي عن الإمام مالك: أنه يجوز للوكيل أن يشتري من نفسه بثن المثل فأكثر^(٢).

كذلك لا يملك الشراء من أبيه وجده وولده وولد ولده وزوجته، وكل من لا تقبل شهادته له عند أبي حنيفة. وأما عند الصحابين: فيجوز إذا اشترى بمثل القيمة أو بأقل أو بزيادة يتغابن الناس في مثلها. وقد ذكرنا أدلة مختلف الآراء في الوكالة بالبيع، وتعرف آراء المذاهب في الشراء لنفسه وأصوله وفروعه من حكم البيع لنفسه.

وإذا وكل إنسان بشراء طعام، فيراد به الخنطة والدقيق بقرينة الشراء في العرف.

(١) بداية المجتهد: ٢/٢٩٨، الشرح الكبير: ٣/٣٨٢، المهذب: ١/٣٥٤، المغني: ٥/١٢٤.

(٢) بداية المجتهد، المرجع السابق، المغني: ٥/١٠٧ وما بعدها، الميزان للشعراني: ٢/٨٥.

وإذا وكل بشراء لحم ينصرف المقصود إلى اللحم الذي يباع في السوق ، ويشترى الناس منه في الأغلب من لحم الضأن والمعز والبقر والإبل إن جرت العادة بشرائه ، ولا ينصرف المراد إلى المشوي والمطبوخ إلا إذا كان مسافراً ، ولا إلى لحم الطير والوحش والسمك ولا إلى شاة حية ولا إلى مذبوحة غير مسلوخة ، لعدم جريان العادة بشرائه ، ولا إلى البطن والكرش والكبد والرأس والكراع ، لأنها ليست بلحم عرفاً .

ولو وكل إنسان بشراء سمك ، فيراد به الطري الكبير ، لا المالح ولا الصغير ، لأن العادة كذلك .

ولو وكل بشراء الرأس ، فيقصد منه الرأس النيء لا المطبوخ والمشوي ويحدد المطلوب برأس الغنم دون الإبل والبقر إلا في موضع جرت العادة بما اشتراه .

ولو وكل بشراء فاكهة ، فله أن يشتري أي فاكهة تباع في السوق عادة . وإذا وكل بشراء البيض فيراد به بيض الدجاج . وإذا وكل بشراء لبن فيراد به ما يباع عادة في السوق من الغنم والبقر والإبل .

وبه يلاحظ أن المقصود فيما يوكل الإنسان بشرائه يتحدد بحسب العرف السائد عادة وفعلاً بحسب كل زمان ومكان .

علاقة الوكيل بالشراء بموكله :

إذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله من غير صريح إذن الموكل وقبض المبيع ، فله أن يرجع به على الموكل لوجود الإذن دلالة ؛ لأن حقوق العقد كما سنبين لما كانت عائدة إلى العاقد وقد علم الموكل بالثمن ، يكون راضياً بدفعه . فإن هلك المبيع في يد الوكيل قبل حبسه عن الموكل ، هلك من مال الموكل ، ولم يسقط الثمن ؛ لأن يده كيد الموكل . وللوكيل بالشراء أن يحبس المبيع في يده حتى يستوفي الثمن ، وإن لم يكن قد دفعه بعد ؛ لأنه مع الموكل بمنزلة البائع . فإن حبسه لاستيفاء الثمن ، فهلك في يده ،

كان مضموناً عليه ضمان الرهن عند أبي يوسف ، فيضمن الأقل من قيمته ومن الثمن ، وضمان الغصب عند زفر فيجب مثله أو قيمته بالغة ما بلغت ، وضمان المبيع عند أبي حنيفة ومحمد ، فيسقط الثمن قليلاً كان أو كثيراً^(١) .

وأما علاقة الوكيل بن تعامل معه لحساب الموكل فهي تنفيذ حقوق العقد ، كدفع الثمن والرد بالعيب ما دام المبيع في يده .

ثانياً - حقوق العقد وحكمه في الوكالة :

حقوق العقد : هي الأعمال التي لا بد منها للحصول على الغاية والغرض من العقد ، مثل تسليم المبيع ، وقبض الثمن ، والرد بالعيب أو بخيار الرؤية أو الشرط ، وضمان رد الثمن إذا استحق المبيع مثلاً^(٢) .

وقد اتفق الفقهاء على أن الوكيل إذا أضاف العقد إلى الموكل في العقود التي تتم بالإيجاب والقبول كالبيع ، تنصرف حقوق العقد إلى الموكل . فإن أضاف العقد إلى نفسه ، فالقاعدة العامة في التوكيل بالبيع والشراء : أن حقوق العقد ترجع عند الجمهور إلى الوكيل ، فهو الذي يلتزم بتسليم المبيع ويقوم بتسليمه فعلاً وبقبضه ، وهو الذي يقبض الثمن ويطالب به ، ويخاصم في الرد بالعيب ، ونحوها .

وعند الحنابلة ترجع إلى الموكل ، على تفصيل سيأتي قريباً .

قال الحنفية : الوكالة : منها - ما لا حقوق له إلا ما أمر به الوكيل ، كالوكالة بتقاضي الدين ، والوكالة بالملازمة^(٣) ونحوها .

(١) الكتاب مع اللباب : ١٤٣/٢ ، الهداية : ١٤٠/٣ ، تكلية ابن عابدين : ٣٠٤/٧ ، الدسوقي : ٣٨١/٣ ، المهذب :

٣٥٣/١ ، كشاف القناع : ٤٦٠/٣ ، ٤٦٧ .

(٢) الاستحقاق : هو أن يدعي أحد ملكية شيء موجود في يد غيره ويثبتها بالبينة ، ويقضى له بها .

(٣) هو أن يقول إنسان لآخر : وكلتك بأن تلازم فلاناً بمال لي عليه حتى يدفعه لي ، ويختار للملازمة عادة أسفه

الناس ومن يتأذى المدين بملازمته .

ومنها - ما تعود حقوقه للوكيل ، ومنها ما تعود حقوقه للموكل .

أ- والقاعدة العامة في هذا عند الحنفية أن كل عقد لا يحتاج فيه إلى إضافته إلى الموكل ويكتفى فيه بالإضافة إلى نفسه : فحقوقه راجعة إلى العاقد ، كالبیاعات والأشرية والإجازات والصلح الذي هو في معنى البيع (أي الصلح عن إقرار) فحقوق هذه العقود ترجع للوكيل وعليه ، مثل تسليم المبيع ، وقبض الثمن ، والمطالبة بالثمن إذا اشترى ، وقبض المبيع ، والمخاصمة بالعيب .

فيجب عليه تسليم المبيع إلى المشتري ، وقبض الثمن . وإذا وجد المشتري بالمبيع عيباً فله أن يخاصم الوكيل ، وإذا ظهر أن المبيع مستحق لغير البائع ، فيجب على الوكيل الضمان ، إلا إذا كان العاقد ليس من أهل لزوم العهدة (أي ليس أهلاً للمسؤولية والتزام الحقوق) كالصي الحجور عن التصرف ، والقاضي ، وأمين القاضي ، ونحوهم ، فحينئذ ترجع حقوق العقد للموكل نفسه لا إلى الوكيل ، وكذلك ترجع حقوق العقد للموكل ، إذا أضاف الوكيل العقد إلى الموكل .

وللوكيل أن يوكل غيره في تحمل حقوق العقد ، وليس للموكل أن يباشر شيئاً منها بنفسه ما دام الوكيل قائماً ، فإذا طالب الموكل بالبيع المشتري بالثمن ، فلمشتري أن يمنعه من قبضه ؛ لأنه أجنبي عن العقد وحقوقه ؛ لأن الحقوق إلى العاقد . فإن دفع المشتري الثمن إلى الموكل جاز ؛ لأن نفس الثمن المقبوض يعتبر حقه ، وليس للوكيل أن يطالبه به ثانياً لعدم الفائدة لأنه لو أخذه منه لوجب عليه إعادته له .

ب- وكل عقد يحتاج فيه إلى إضافته إلى الموكل ، أي أن يذكر اسم الموكل في عبارته ليبدل على أنه يتصرف له : فحقوقه ترجع إلى الموكل كالنكاح ، والطلاق على مال ، والخلع ، والصلح عن دم العمد ، والصلح عن إنكار المدعى عليه ، ونحوها ، فحقوق هذه العقود تكون للموكل وعليه ، والوكيل فيها يكون سفيراً ومعبراً محضاً ، حتى إن وكيل الزوج في النكاح لا يطالب بالمهر ، وإنما

يطالب به الزوج ، إلا إذا ضمن المهر ، فحينئذ يطالب به بحكم الضمان ، ووكيل المرأة في النكاح لا يملك قبض المهر ، ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها . وكذا الوكيل بالخلع لا يملك قبض بدل الخلع إن كان وكيلاً عن الزوج ، وإن كان وكيلاً عن المرأة لا يطالب ببديل الخلع إلا بالضمان ، وكذا الوكيل بالصلح عن دم العمد .

جـ - وكذلك العقود التي لا تتم إلا بالقبض ، أي العقود العينية كالهبة والقرض والإعارة والرهن ونحوها لا بد من إضافتها إلى الموكل وترجع الحقوق له ، وإلا وقع العقد للوكيل . والسبب في أن هاتين الفئتين من العقود لا بد فيها من نسبة العقد للأصيل : هو أنه يكون للاعتبار الشخصي فيها المقام الأول .

هذا مذهب الحنفية^(١) ، ويذكرون في كتبهم كعادتهم في كثير من الأحيان : أن الشافعية يخالفونهم ، فيجعلون حقوق العقد راجعة للموكل دون الوكيل^(٢) ، إلا أن الواقع يوجب الاعتماد في نقل أحكام المذاهب على الكتب المعتمدة عند أصحابها ، ففي كتاب المنهاج للنووي نص صريح على أن أحكام العقد أي (حقوقه) تتعلق بالوكيل دون الموكل^(٣) ، فهم كالحنفية في هذا .

وكذلك قال المالكية : ترجع حقوق العقد للوكيل من قبض الثمن وغيره لا للموكل^(٤) .

(١) مختصر الطحاوي : ص ١٠٩ ، البدائع : ٣٣/٦ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ١٦/٦ وما بعدها ، رد المحتار : ٤١٩/٤ ، مجمع الضمانات : ص ٢٤٣ ، الكتاب مع اللباب : ١٤١/٢ .
(٢) راجع البدائع مثلاً : ٣٣/٦ ، تبين الحقائق للزبيدي : ٢٥٦/٤ ، تكملة فتح القدير : ١٧/٦ .
(٣) نهاية المحتاج شرح المنهاج للرملي : ٤٧/٤ ، مغني المحتاج للخطيب الشربيني : ٢٣٠/٢ وما بعدها ، المهذب : ٣٥٣/١ .

(٤) الشرح الصغير : ٥٠٦/٣ وما بعدها ، المدونة الكبرى : ٨٢/١٠ ، ١٨٦ ، ط ١٣٢٣ هـ . قال العلامة خليلي وشارحه الدردير : ٣٨٢/٣ : وطولب الوكيل بالعهد من عيب أو استحقاق ما لم يعلم المشتري أنه وكيل (أي كالمسار) وإلا فالطلب على الموكل لا الوكيل إلا أن يكون مفوضاً أي فإن كان مفوضاً كان للعاقدة الرجوع عليه وعلى الموكل ، كالشريك المفوض .

أما الحنابلة فيقولون : إن حقوق العقد ترجع للموكل دون الوكيل ؛ لأن الوكيل عندهم مجرد سفير ومعبّر عن العاقد الأصيل^(١) . وفي هذا الرأي إضاعة للغرض من الوكالة ؛ لأن الموكل يوكل غيره في أموره ليخفف من عناء مباشرته لها بنفسه أو لأنه لا يليق به أن يباشرها ، أو لعدم قدرته على القيام بها ، فإذا عادت الحقوق للموكل نفسه لم يتحقق له الغرض من الوكالة^(٢) .

هذا الاختلاف بين المذاهب محصور فيما إذا لم يصرح الوكيل بأن التعاقد لحساب الأصيل ، فإن صرح بأن التعاقد باسم الأصيل فالمذاهب مجمعة على ثبوت حكم العقد وحقوقه معاً تقع للأصيل دون النائب .

يستفاد من هذا البحث معرفة حقوق كل من الموكل والوكيل وواجباتها في البيع ، فواجبات الموكل في الوكالة بالبيع : تحمل الخسارة العارضة إذا لم يكن تعدد أو تفريط ، ودفع الأجر للوكيل إن كانت الوكالة بأجر ونفذ العمل ، وحق الموكل تنفيذ الوكيل ما التزم به في حقه .

وواجبات الوكيل بالبيع : التقيد بالقيود ومراعاة الشروط المبينة في الوكالة المقيدة ، ومراعاة العرف والعادة في الوكالة المطلقة .

وواجبات الموكل في الوكالة بالشراء : دفع ثمن السلعة المشتراة ، وتحمل الخسارة العارضة في التصرف الموكل فيه إذا لم تكن بتعدّد أو تفريط ، ودفع أجر الوكيل إن كانت الوكالة بأجر .

وواجبات الوكيل بالشراء : الشراء بثمن المثل عملاً بالعرف ، وشراء السلعة السليمة من العيوب عند الجمهور غير أبي حنيفة ، وعليه عند الحنفية شراء الشيء المعين

(١) كشاف القناع : ٤٦٧/٤ ، المغني : ٩٧/٥ ، غاية المنتهى : ١٥٦/٣ ، مطالب أولي النهى : ٤٦٢/٣ .

(٢) الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى : ص ٢٧٦ .

للموكل لا لنفسه وأقاربه ، وعليه عند المالكية فعل كل ما فيه مصلحة للموكل ، فإن خالف الوكيل شروط الموكل كان عند الحنفية مشترياً لنفسه .

وحقوق الوكيل بالشراء : الشراء بأقل مما عينه له الموكل ؛ لأنه خلاف إلى خير ، والرجوع على الموكل بما دفع من ماله ثمناً للسلعة المشتراة للموكل ، وحبس ما اشتراه للموكل حتى يستوفي الثمن منه ، والرد بالعيب ما دام المعيب في يده .

حكم العقد : تكلمنا عن حقوق عقد الوكالة التي ترجع إلى الوكيل عند الحنفية والشافعية . وقد رأينا من المناسب أن نذكر حكم العقد هنا استطراداً .

المراد بحكم العقد : هو الغرض والغاية منه :

أ- ففي عقد البيع ونحوه مما يتوقف على الإيجاب والقبول يكون الحكم هو ثبوت الملكية في المبيع للمشتري وفي الثمن للبائع . وقد اتفق الفقهاء على أن حكم العقد الذي يتم بواسطة وكيل يقع للموكل نفسه لا للوكيل ؛ لأن الوكيل متكلم باسم الموكل وعاقده له ، فهو قد استمد ولايته منه . وينصرف حكم العقد للموكل عند الجمهور مطلقاً ، سواء أضاف الوكيل العقد لنفسه أم أسنده إلى الموكل . وعند المالكية : ينصرف الحكم للموكل إذا أعلن الوكيل في العقد أنه يعمل لحساب موكله .

وثبتت الملكية للموكل مباشرة بمجرد تمام العقد أي من ابتداء الأمر دون حاجة لثبوتها للوكيل أولاً ، ثم انتقالها عنه لموكله ، وهذا في المذاهب الأربعة ؛ لأن الوكيل يعمل في الحقيقة لموكله وبأمره^(١) . ويترتب عليه أن المسلم لو وكل ذمياً بشراء خمر أو خنزير لم يصح الشراء ؛ لأن المسلم ليس له أن يملك شيئاً من هذين . هذا هو مذهب الحنفية لا ما تذكره كتب الحنابلة والمالكية من أن مذهب أبي حنيفة أن الملكية تنتقل إلى الوكيل ثم إلى الموكل .

(١) تبين الحقائق للزليعي : ٢٥٦/٤ ، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة : ص ١٢٧ ، المغني لابن قدامة : ١٢٠/٥ ، مغني المحتاج : ٢٢٩/٢ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢٩٨/٢ ، المهذب : ٣٥٦/١ .

ب- العقود التي لا تتم إلا بالقبض كالهبة والإعارة : يقع حكم العقد للموكل ولو أضاف الوكيل العقد لنفسه بأن قال : وهبت أو أعرت هذا الشيء ؛ لأن الوكيل في هذه العقود مجرد سفير ومعبّر .

ج- عقد الزواج : إذا أضاف العقد لموكله بأن قال : تزوجك فلان ، انصرف حكمه إلى الموكل . وإذا أضافه إلى نفسه فقال : تزوجتك ، كان الزواج له لا لموكله .

د- الطلاق مثل الزواج في التفصيل السابق ، إن كان وكيلاً عن الزوج ، فإن كان وكيلاً عن الزوجة ، فلا بد من إضافة الطلاق إليها ، فيقول : طلق فلانة على كذا .

ثالثاً- حال المقبوض في يد الوكيل :

اتفق الفقهاء على أن المقبوض في يد الوكيل يعتبر أمانة بمنزلة الوديعة ونحوها ؛ لأن يده يد نيابة عن الموكل بمنزلة يد الوديع ، فيضمن بما يضمن في الودائع ، ويبرأ بما يبرأ فيها ، ويكون القول قوله في دفع الضمان عن نفسه^(١) . ومجمل القول في سبب الحكم : هو أن الوكيل أمين فلا ضمان عليه لموكله إلا إذا حدث منه تعد أو تفريط ، ويتحمل الموكل الخسارة العارضة إذا لم تكن بتعد أو تفريط من الوكيل .

وبناء على هذه القاعدة ذكر ابن قدامة في المغني حكم ستة أحوال يختلف فيها الوكيل والموكل عادة ، نذكرها باختصار :

أحدها- أن يختلفا في تلف أو ضياع المال ، فقال الوكيل : تلف مالك في يدي ، أو ضاع ، فيكذبه الموكل ، فالقول بالاتفاق قول الوكيل مع يمينه ، لأنه أمين ، وهذا مما يتعدر

(١) راجع البدائع : ٣٤/٦ ، مجمع الضمانات : ص ٢٥١ ، درر الحكام : ٢٨٧/٢ ، بداية المجتهد : ٢٩٩/٢ ، الشرح الصغير : ٥١٩/٣ ، مغني المحتاج : ٢٣٠/٢ ، المهذب : ٣٥٧/١ وما بعدها ، المغني : ٩٤/٥ .

إقامة البينة عليه ، فلا يكلف بالبينة كالوديع . واستثنى الحنابلة حالة ادعاء الوكيل التلف بأمر ظاهر كالخريق والنهب ونحوهما ، فعليه إقامة البينة على وجود التلف .

ثانيها - أن يختلفا في تعدي الوكيل أو تفريطه في الحفظ ومخالفته أمر الموكل ، مثل : أن يدعي عليه أنه حمل الدابة فوق طاقتها أو فرط في حفظها ، أو أمره برد المال فلم يفعل ، ونحوها ، فالقول قول الوكيل أيضاً مع يمينه ، لأنه أمين كما ذكرنا . والمشهور عند المالكية أن يحكم بقول الموكل^(١) .

والوكيل أمين سواء أكانت الوكالة يجعل أم بغير جعل ؛ لأن الوكيل نائب عن الموكل في اليد (أي الحياة) والتصرف ، فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد المالك ، فلا يضمن ما تلف في يده بلا تعد .

ثالثها - أن يختلفا في التصرف ، فيقول الوكيل : بعث الثوب وقبضت الثمن ، فتلف ، فيقول الموكل : لم تبع ولم تقبض . أو يقول : بعث ولم تقبض شيئاً ، أي أن الخلاف إما في حدوث البيع ، أو في قبض الثمن بعد الاتفاق على البيع ، فالقول قول الوكيل عند الحنابلة والحنفية ؛ لأنه يملك البيع والقبض ، فيقبل قوله فيهما^(٢) . وعند الشافعية قولان : أصحها أنه يصدق قول الموكل بيمينه ؛ لأن الأصل عدم التصرف ، وبقاء ملك الموكل^(٣) .

رابعها - أن يختلفا في رد الشيء الموكل فيه إلى الموكل ، فيدعيه الوكيل وينكره الموكل ، فالقول قول الوكيل عند أئمة المذاهب الأربعة في الراجح منها ، سواء أكانت الوكالة يجعل أم بغير جعل ؛ لأن الموكل ائتمنه ، وإذا كانت الوكالة يجعل ، فإن الوكيل ينتفع بالعمل بالعين لا بالعين نفسها ، فلم يكن قبضه لنفع نفسه كالمستعير^(٤) .

(١) بداية المجتهد : ٢٩٩/٢ وما بعدها .

(٢) البدائع : ٣٦/٦ ، المغني : ٩٥/٥ .

(٣) مغني المحتاج : ٢٣٥/٢ ، المهذب : ٣٥٧/١ .

(٤) البدائع ، المرجع السابق ، المبسوط : ١٠/١٩ ، المغني ، المرجع السابق : ص ٩٦ ، مغني المحتاج : ٢٣٥/٢ ، المهذب :

٣٥٨/١ ، بداية المجتهد : ٢٩٩/٢ .

خامسها - إذا اختلفا في أصل الوكالة ، فقال الوكيل : وكتني ، فأنكر الموكل ، فالقول قول الموكل في المذاهب الأربعة ؛ لأن الأصل عدم الوكالة ، فلم يثبت أنه أمينه ، ليقبل قوله عليه ^(١) .

سادسها - أن يختلفا في صفة الوكالة بأن يقول الوكيل : وكتني في البيع نسيئة ، أو الشراء بعشرين ليرة مثلاً ، أو يبيع هذا الكتاب ، فقال الموكل : بل نقداً ، أو بعشرة ، أو هذا القلم ، فالقول قول الموكل يبينه في المذاهب الأربعة ؛ لأن الأصل عدم الإذن فيما ذكره الوكيل ، ولأن الموكل أعرف بحال الإذن الصادر منه ^(٢) .

وإن تنازعا في الثمن المدفوع للسلعة في الوكالة بالشراء فالقول عند الحنفية قول الوكيل إن كان الشيء يساوي ما ادعاه الوكيل ، وإن كان لا يساويه فالقول قول الموكل . وقال الشافعية والحنابلة : القول قول الوكيل مع يمينه ؛ لأنه أمين ^(٣) . وإن تنازعا في نوع الشيء المشتري كأن اشترى الوكيل تمراً فزعم الموكل أنه أمره بشراء عنب ، فالقول قول الوكيل مع يمينه ^(٤) .

المبحث الرابع - تعدد الوكلاء

قد يتعدد الوكلاء عن الشخص الواحد في التصرفات والخصومات ، أو المرافعة أمام القضاء كما يحدث عادة في كثير من الأحيان ، فيكون هناك وكيلان أو أكثر .

فإن وكل إنسان وكلاء متعددين كلاً في عقد خاص وأعمال خاصة ، كان للواحد منهم عند الحنفية أن يقوم بما وكل فيه وحده دون حاجة لاستشارة غيره . وإن كانت

(١) المغني ، المرجع السابق : ص ٩٧ ، مغني المحتاج : ٢٢٣ / ٢ ، الشرح الكبير : ٢٩٢ / ٢ .

(٢) المراجع السابقة ، الهداية : ١٤٧ / ٣ .

(٣) الهداية : ١٤٤ / ٣ ، تكملة المجموع : ٦٠٦ / ١٣ ، المغني : ٩٥ / ٥ .

(٤) البسوقي : ٣٩٢ / ٣ .

الوكالة لعمل واحد كان لأي وكيل القيام به وحده أيضاً .

وإن كانت الوكالة للجميع في عقد واحد فليس لأحدهم - دون إذن الموكل - الانفراد بالقيام بما وكلوا فيه ، إلا إذا كان التصرف مما لا يحتاج لتبادل الرأي كرد الودائع ووفاء الديون ، أو مما لا يمكن الاجتماع فيه كالوكالة بالخصومة أي المرافعة أمام مجلس القضاء ، وكالطلاق .

وأجاز المالكية تعدد وكلاء الخصومة بشرط موافقة الخصم على التعدد . ولم يجز الشافعية لأحد وكلاء الخصومة المتعددين الانفراد بالخصومة ؛ لأن الموكل لم يرض إلا بتصرفها معاً وعند الخنابلة قولان : قول كالشافعية ، وقول يجيز الانفراد بالتصرف عرفاً^(١) .

هذه هي القواعد العامة لتعدد الوكلاء ، وتطبيقها يظهر في استعراض أنواع الوكالات فيما يأتي :

إذا كان التصرف مما يحتاج فيه لأخذ الرأي ، فليس لأحد الوكلاء أن يتصرف فيما وكلوا به دون الآخرين ؛ لأن الموكل رضي برأيهم المشترك ، لا برأي أحدهم ، فإذا وكل اثنان بالبيع ، فلا يملك أحدهما التصرف بدون صاحبه ، ولو فعل لم يجز البيع حتى يجيزه صاحبه ، أو الموكل ؛ لأن البيع يحتاج فيه إلى أخذ الرأي ؛ والموكل رضي برأيها ، لا برأي أحدهما .

وإذا وكل اثنان بالشراء فلا يملك أحدهما الانفراد بالتصرف إلا أنه في الشراء إذا اشترى أحدهما بدون وجود الآخر ينفذ العقد على المشتري ، ولا يقف على الإجازة ، بخلاف البيع ؛ لأن الوكيل بالشراء متهم بمراعاة مصلحته كما عرفنا .

وإذا وكل اثنان بعقد الزواج أو الطلاق على مال ونحوها من كل عقد فيه

(١) الشرح الصغير: ٥٠٥/٣ ، تكملة المجموع: ٥٥٧/١٣ ، الفروع لابن مفلح المقدسي: ٦٩٣/٢ .

عوض مالي، فلا يملك أحدهما إجراء العقد بدون الآخر؛ لأن الأمر هنا يحتاج إلى تبادل وجهات النظر وأخذ الآراء.

والوكيلان يقبض الدين لا يملك أحدهما أيضاً أن يقبض دون وجود صاحبه؛ لأن قبض الدين مما يحتاج إلى أخذ الرأي والأمانة، وقد فوض الموكل الرأي لهما، لا إلى أحدهما، ورضي بأمانتها، لا بأمانة أحدهما.

وأما إذا كان التصرف مما لا يحتاج فيه لأخذ الرأي، فملك أحد الوكيلين أن ينفرد بالتصرف دون الآخر، مثل الوكيلين بالطلاق بغير عوض، أو برد الوديعة أو قضاء الدين، فينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلا به؛ لأن هذه التصرفات مما لا يحتاج فيها إلى أخذ الرأي، وإنما هي تعبير محض، وعبرة الواحد أو أكثر سواء.

وأما الوكيلان بالخصومة أي القيام بالمرافعة فعلاً أمام المحكمة فكل واحد منهما يتصرف بانفراده عند جمهور الحنفية؛ لأن الاجتماع فيها في وقت واحد أمر متعذر؛ لأن الغرض من الخصومة إعلام القاضي بما يملكه الخصم من وسائل الدفاع واستماع القاضي إليها، واجتماع الوكيلين على الدفاع يخل بالإعلام والاستماع، كما هو واضح. أما إعداد المذكرات للدفاع بها فيمكن طبعاً الاجتماع على تحضيرها، كما يمكن تقسيم الدفاع على المحامين الموكلين فيما بينهم، فيقوم كل واحد منهما بقسم منه.

وقال زفر: لا ينفرد أحد الوكيلين بالخصومة بالقيام بها دون الآخر؛ لأن الخصومة مما تحتاج إلى أخذ الرأي، ولم يرض الموكل برأي أحدهما^(١).

وقال الجمهور^(٢) (المالكية والشافعية والحنابلة): إذا تعدد الوكلاء فليس لأحدهم الانفراد بالتصرف بدون مشاورة الآخر؛ لأنه لم يرض بتصرف أحدهما دون الآخر، إلا إذا أذن لها الموكل بإفراد التصرف، فيجوز لكل واحد منهما أن يستقل بالتصرف.

(١) انظر البدائع: ٣٢/٦، تكملة فتح القدير: ٨٦/٦-٨٨.

(٢) الخرشبي: ٨٢/٦ ط ثانية، المهذب: ٣٥١/١، المغني: ٨٧/٥.

المبحث الخامس - طرق انتهاء الوكالة

صفة عقد الوكالة : اتفق الفقهاء^(١) على أن عقد الوكالة بغير أجر جائز غير لازم بالنسبة للعاقدين ، أما من جانب الموكل : فلأنه قد يرى المصلحة في ترك ماوكل فيه ، أو في توكيل شخص آخر .

وأما من جانب الوكيل : فلأنه قد لا يتفرغ لأعمال الوكالة ، فيكون لزوم العقد مضرّاً بالطرفين . وبناء عليه لكل من طرفي عقد الوكالة الرجوع عنه متى شاء ، وتنتهي حينئذ الوكالة . وسنبحث هنا طرق انتهاء الوكالة .

وأما الوكالة بأجر : فإن كانت على سبيل الجعالة بأن لم يعين في العقد الزمن أو العمل فهي غير لازمة أيضاً بالاتفاق ، إلا أن المالكية قالوا : تلزم الجاعل فقط بعد الشروع في العمل .

وإن كانت على سبيل الإجارة بأن عين الزمن والعمل كالبيع والسمسار ، فهي لازمة عند الحنفية وفي المشهور لدى المالكية ؛ وغير لازمة عند الشافعية والحنابلة . وتنتهي الوكالة بأمر كثيرة وهي^(٢) :

١ - **عزل الموكل وكييله :** تنتهي الوكالة بالاتفاق بعزل الموكل وكييله ؛ لأن الوكالة كما عرفنا عقد غير لازم ، فكان بطبيعته قابلاً للفسخ بالعزل ، ولكن يشترط لصحة العزل عند الحنفية شرطان :

(١) البدائع : ٣٧/٦ ، تكملة ابن عابدين : ٣٥١/٧ ، الخطاب : ٢١٥/٥ ، بداية المجتهد : ٢٩٧/٢ ، مغني المحتاج : ٣٣١/٢ وما بعدها ، المهذب : ٣٥٦/١ ، المغني : ١١٣/٥ ، الشرح الكبير مع الدسوقي : ٣٩٦/٣ وما بعدها ، الدر المختار : ٤٣٣/٤ ، وانظر حالات لزوم الوكالة المستثناة في كل مذهب من المذاهب ماعدا الحنابلة في كتاب الفقه على المذاهب الأربعة : ٢٨٢-٢٧٨/٣ .

(٢) راجع مذهب الحنفية في البدائع : ٣٧/٦ وما بعدها ، مختصر الطحاوي : ص ١٠٩ ، تكملة فتح القدير : ١٢٣/٦ وما بعدها ، المبسوط : ١٢/١٩ وما بعدها ، الدر المختار : ٤٣٤/٤ ، الكتاب مع اللباب : ١٤٥/٢ ، تكملة ابن عابدين : ٣٠٨/٧ .

أحدهما - أن يعلم الوكيل بالعزل؛ لأن العزل فسخ للعقد، فلا يلزم حكمه إلا بعد العلم به كالفسخ. والعلم بالعزل يتم إما بحضور الوكيل، أو بالكتابة له، أو بإرسال رسول إليه، أو بإخبار رجلين أو رجل واحد عدل، أو غير عدل وصدقه بالعزل. وأما قبل العلم بالعزل، فتكون تصرفات الوكيل كتصرفاته قبل العزل في جميع الأحكام.

وهذا الشرط مشروط أيضاً في الأرجح عند المالكية وفي رواية عن الإمام أحمد.

والسبب في اشتراط هذا الشرط هو أن العزل يترتب عليه إضرار بالوكيل من ناحيتين: أولهما - أنه يترتب عليه إبطال ولايته بالعزل. وثانيهما - أنه يكون متحملاً لحقوق العقد، فيدفع الثمن إن كان وكيلاً بالشراء، ويسلم المبيع إن كان وكيلاً بالبيع.

وقال الشافعي في الأصح عنده، وأحمد في الرواية الثانية عنه وهي الراجحة في مذهبه: لا يشترط هذا الشرط، فلو عزل الموكل وكيله في حضوره أو أثناء غيبته انعزل في الحال، لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه، فلا يحتاج إلى علمه كالطلاق، وقياساً على ما لو وكل شخص غيره، وكان الوكيل غائباً^(١).

واتفقت المذاهب على أنه في حال عزل الوكيل نفسه عن الوكالة يشترط إخبار الموكل بالأمر، صيانة لحق الموكل، ومنعاً من التغيرير به.

ثانيهما - ألا يتعلق بالوكالة حق للغير، فإذا تعلق حق للغير بها لم يصح العزل بغير رضا صاحب الحق، مثل وكيل المدين ببيع الرهن لسداد الدين عند حلول الأجل، فإنه لا يملك المدين الموكل عزل وكيله هذا إلا برضا الدائن، لتعلق حقه بالوكالة إذ أنه يريد أخذ دينه عن طريق بيع العين. ومثل وكيل الزوج بطلاق زوجته متى شاء، فإنه لا يملك الزوج الموكل الرجوع عن وكالته إلا برضا المرأة. ومثل

(١) بداية المجتهد: ٢/٢٩٨، الشرح الكبير: ٣/٣٩٦، مغني المحتاج: ٢/٢٣٢، المهذب: ١/٣٥٦، المغني: ٥/١١٣ وما بعدها، غاية المنتهى: ٢/١٥٥، القوانين الفقهية: ص ٣٢٩.

الوكالة بالخصومة بطلب الدائن عند غيبة المدين ، كأن يكون لشخص عند آخر دين ، ثم يعزم المدين السفر إلى بلاد بعيدة ، فيطلب صاحب الدين من المدين أن يوكل عنه شخصاً ليخاصمه في طلب الدين حال غيابه ، فوكل عنه بناء على هذا الطلب ، فيصبح هذا الوكيل غير قابل للعزل ، لأنه قام مقام المدين الغائب ، وليس لصاحب الدين من يطالبه بدينه سواء ، فلو عزله ضاع عليه حقه .

٢- تصرف الموكل فيما وكل به : أي أن يقوم الموكل صاحب الشأن بالعمل الذي وكل فيه غيره ، كأن يوكل إنسان غيره ببيع شيء ثم يبيعه الموكل ، فنتهي الوكالة بالاتفاق^(١) ؛ لأن العقد يصبح حينئذ غير ذي موضوع ، فينعزل الوكيل وإن لم يعلم بالعزل .

٣- انتهاء الغرض من الوكالة : وهو أن يتم تنفيذ التصرف الذي وكل فيه ، لأن العقد يصبح حينئذ غير ذي موضوع .

٤- خروج الموكل أو الوكيل عن الأهلية : بموت بالاتفاق أو جنون مطبق^(٢) عند الجمهور خلافاً للشافعية ، أو حجر عليه لسفه باتفاق المذاهب الأربعة ، وألحق الشافعية الإغماء بالجنون في الأصح عندهم . وقال غيرهم : الإغماء لا يخرج عن أهلية التصرف . ولا يشترط عند الحنفية والشافعية والحنابلة أن يعلم العاقد بخروج الطرف الآخر عن الأهلية بهذه العوارض^(٣) . وقال المالكية : الأرجح أن الوكيل لا ينعزل بموت الموكل حتى يعلم به^(٤) .

(١) المبسوط : ٥٠ / ١٩ ، الشرح الصغير : ٥٢٣ / ٣ ، كشاف القناع : ٤٥٧ / ٣ .

(٢) المطبق : أي الدائم ، ومنه الحمى المطبقة أي الدائمة التي لاتفارق ليلاً ولا نهاراً . وقد اشترط الجمهور كون الجنون مطبقاً ، وقال الشافعية : تنتهي الوكالة بالجنون وإن زال عن قرب .

(٣) البدائع : ٢٨ / ٦ ، تكللة فتح القدير والعناية : ١٢٦ / ٦ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢٢٢ / ٢ ، المغني : ١١٣ / ٥ ، المهذب : ٣٥٧ / ١ ، المبسوط : ١٣ / ١٩ .

(٤) بداية المجتهد : ٢٩٨ / ٢ ، الشرح الكبير : ٣٩٦ / ٣ ، مغني المحتاج : ٢٢٢ / ٢ ، المغني : ١١٣ / ٥ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٩ .

واختلف أبو يوسف ومحمد في حد الجنون المطبق ، فقال أبو يوسف : هو ما استوعب شهراً ؛ لأن الشهر يسقط به صوم شهر رمضان .

وقال محمد : هو ما استوعب حولاً كاملاً ؛ لأن الحول يسقط به جميع العبادات فيقدر به احتياطاً . قال قاضي زاده صاحب تكملة فتح القدير : والمختار ما قاله أبو حنيفة أنه مقدر بالشهر ؛ لأن ما دون الشهر في حكم العاجل ، فكان قصيراً ، والشهر فصاعداً في حكم الآجل ، فكان طويلاً ، قال صاحب الدر : وبه يفتى .

٥- لحاق الموكل مرتداً بدار الحرب : وهذه الحالة عند أبي حنيفة ؛ لأنه يصير حينئذ من أهل الحرب . وقال الصحابان : لا تنتهي الوكالة بذلك ؛ لأن تصرفات المرتد عندهما نافذة ، فلا تبطل الوكالة إلا بموته أو بقتله بسبب رده ، أو بحكم القاضي بلحاظه . وأما مذهب أبي حنيفة في هذا فهو أن تصرفات المرتد موقوفة عنده ، ومنها الوكالة ، فإن أسلم الموكل نفذت ، وإن قتل على الردة أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة .

وأما الوكيل إذا لحق بدار الحرب مرتداً فإنه لا يخرج عن الوكالة باتفاق الحنفية إلا أن يقضي القاضي بلحاظه ، لكن بمجرد لحوقه لا يجوز له التصرف إلا أن يعود مسلماً ، فإن عاد مسلماً من دار الحرب إلى دار الإسلام قال محمد : تعود الوكالة إليه لزوال المانع من التصرف . وقال أبو يوسف : لا تعود الوكالة ؛ لأنه بلحاظه بدار الحرب يلحق بالأموال ، فيبطل ما ملكه من ولاية تنفيذ التصرف على الموكل ، وإذا بطلت الولاية بطل التوكيل ، وإذا بطلت الولاية لا تعود .

وقال المالكية : ينزل الوكيل برده أيام الاستتابة ، وأما بعدها فإن قتل انزل ، وإن أحرقت له لمانع كوجود حمل عند المرأة ، فإن العلماء ترددوا في عزله ، وكذا ينزل برده الموكل بعد مضي أيام الاستتابة ، ولم يرجع ولم يقتل لمانع^(١) .

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٣٩٦/٣ .

وقال الشافعية والحنابلة: لا تبطل الوكالة بردة الوكيل، سواء لحق بدار الحرب أو أقام بدار الإسلام؛ لأن الردة لا تمنع ابتداء وكالته، فلم تمنع استدامتها كسائر أنواع الكفر. وأما ارتداد الموكل فلا يبطل الوكالة فيما له التصرف فيه عند الحنابلة، وهو الظاهر عند الشافعية لعدم زوال ملكه^(١).

٦- عزل الوكيل نفسه أو أن يخرج الوكيل نفسه من الوكالة: إذا قال الوكيل: عزلت نفسي أو رددت الوكالة أو خرجت منها ونحوها انعزل^(٢)، للدلالة ذلك عليه. وقد اشترط الفقهاء لانتهاء الوكالة بما ذكر أن يعلم الموكل بهذا، حتى لا يتضرر مما فعل الوكيل.

وذكر المالكية أن للوكيل بغير أجر أن يعزل نفسه متى شاء إلا حيث يمنع موكله من عزل نفسه.

٧- هلاك العين الموكل بالتصرف فيها: تنتهي الوكالة أيضاً باتفاق الفقهاء^(٣) بهلاك العين التي وكل فيها إنسان بالتصرف فيها بالبيع أو الشراء، أو الإيجار مثلاً؛ لأن العقد يصبح في هذه الحالة غير ذي موضوع، فيكون التصرف في المحل المعقود عليه غير متصور بعد هلاكه، والوكالة بالتصرف فيما لا يحتمل التصرف محال، فتبطل الوكالة.

٨- خروج الموكل فيه عن ملك الموكل: كأن وكله ببيع منزل فصادرته الدولة، فتزول الوكالة^(٤).

٩- الإفلاس: تنتهي الوكالة بإفلاس الموكل إذا كانت الوكالة بأعيان ماله؛ لأنه

(١) المغني: ١١٦/٥، كشاف القناع: ٤٥٨/٣، مغني المحتاج: ٢١٩/٢، تحفة المحتاج: ٣٤١/٥، المهذب: ٣٥٧/١.

(٢) مغني المحتاج: ٢٣٢/٢، القوانين الفقهية: ص ٣٢٩.

(٣) الفتاوى الهندية: ٤٩٣/٣، المغني: ١١٦/٥.

(٤) المسوط: ٥٠/١٩، مغني المحتاج: ٢٣٢/٢، المغني: ١١٦/٥.

بالإفلاس ينتقل مال الموكل لغرمائه^(١) .

١٠- **الجحود** : تنتهي الوكالة عند الحنفية والشافعية بجحودها من الموكل أو الوكيل ؛ لأن الجحود بمثابة رد الوكالة . ولا تبطل الوكالة عند الحنابلة بالجحود^(٢) .

١١- **التعدي** : تنتهي الوكالة في أحد وجهين عند الشافعية بتعدي الوكيل في التصرف الموكل فيه ، كأن يوكله ببيع ثوب فيلبسه ؛ لأن الوكالة عقد أمانة تبطل بخيانة الوكيل فيها . وفي الوجه الثاني لا تبطل ، وإنما تبطل الأمانة ويصير ضامناً ، ويبقى التصرف^(٣) ، ويظهر لي أن الوجه الثاني أصح وهو رأي الحنابلة .

١٢- **الفسق** : تبطل الوكالة عند الشافعية والحنابلة بفسق الوكيل في عقد ينافيه الفسق كإيجاب في الزواج لخروجه عن أهلية التصرف^(٤) ، بخلاف قبول الزواج أو الشراء .

١٣- **الطلاق** : قال المالكية : ينزل الزوج عن وكالته لزوجته بالطلاق إذا طلقها ؛ لأن الطلاق بيده ، ولا تنزل الزوجة عن وكالتها بطلاقه لها ، إلا أن يعلم من الزوج كراهة ذلك منه . وقال الحنابلة : لا تبطل الوكالة بطلاق امرأة وكلها زوجها بشيء^(٥) .

١٤- **مضي الوقت** : تنتهي الوكالة بمضي المدة المحددة لها كعشرة أيام مثلاً عند الشافعية والحنابلة ، ولا تنتهي به على الأصح عند الحنفية^(٦) .

هذه هي أهم الحالات التي تنتهي بها الوكالة عند الفقهاء ، وهي فيما عدا حالة العزل تنتهي بها الوكالة على رأي الحنفية ، سواء علم بها الوكيل أم لم يعلم .

(١) الدسوقي: ٣٩٦/٣ ، المغني والشرح الكبير: ٢١٣/٥ .

(٢) تكملة رد المحتار: ٣٨٧/٧ ، مغني المحتاج: ٢٢٣/٢ ، كشاف القناع: ٤٥٨/٣ .

(٣) المهذب: ٢٥٧/١ ، تكملة المجموع: ٦٠٠/١٣ .

(٤) تكملة المجموع: ٥٦٦/١٣ ، كشاف القناع: ٤٥٧/٣ .

(٥) الدسوقي: ٣٩٦/٣ ، كشاف القناع: ٤٧٠/٣ .

(٦) تكملة رد المحتار: ٣٩٣/٧ ، مغني المحتاج: ٢٢٣/٢ ، كشاف القناع: ٤٦٠/٣ .

الفصل العاشر

الكفّالة

الكفالة والحوالة والرهن هي عقود الاستيثاق، نبحتها تبعاً.

خطة الموضوع وأسماء الكفالة :

الكفالة لها أسماء وهي : كفالة وحالة وضمانة وزعامة . ويقال للملتزم بها : ضمين وكفيل وقبيل وحميل وزعيم وصبير . قال الماوردي من كبار الشافعية : غير أن العرف جار بأن الضمين مستعمل في الأموال ، والحميل في الديات ، والزعيم في الأموال العظام ، والكفيل في النفوس ، والصبير في الجميع .

والكلام عن هذا العقد في المباحث الخمسة الآتية :

المبحث الأول - مشروعية الكفالة وتعريفها وركانها وألفاظها .

المبحث الثاني - شرائط صحة الكفالة .

المبحث الثالث - أحكام الكفالة .

المبحث الرابع - انتهاء الكفالة .

المبحث الخامس - رجوع الكفيل على الأصيل (المكفول عنه) .

المبحث الأول : مشروعية الكفالة وتعريفها وركانها وألفاظها :

مشروعية الكفالة : الكفالة في الجملة مشروعية بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ قال ابن عباس: الزعيم: الكفيل.

وأما السنة: فقوله عليه الصلاة والسلام: «الزعيم غارم» رواه أبو داود والترمذي وحسنه، وابن حبان وصححه^(١). وجاء في صحيح البخاري أن النبي ﷺ أتى بجنابة رجل ليصلي عليه، فقال: «هل ترك شيئاً؟ قالوا: لا، قال: هل عليه دين؟ قالوا: نعم، ديناران^(٢). فقال: صلوا على صاحبكم. قال أبو قتادة: هما علي يا رسول الله، فصلى عليه النبي ﷺ»^(٣).

وأما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة لحاجة الناس إليها ودفع الضرر عن المدين^(٤). وإنما اختلفوا في بعض الفروع التي سنذكرها إن شاء الله تعالى. ويلاحظ أن الكفالة بالنية الحسنة تكون طاعة يثاب عليها فاعلها. أما في الواقع، فأولها ملامة، وأوسطها ندامة، وآخرها غرامة^(٥)، فبعد تمامها في أول الأمر يلوم الكفيل نفسه أو يلومه الناس، وعند المطالبة بالمال يندم على إتلافه لماله، ثم بعدئذ يغرم المال.

(١) روي عن ثلاثة من الصحابة وهم: أبو أمامة الباهلي، وأنس بن مالك، وعبد الله بن عباس، وقد تقدم تخريجه (انظر جامع الترمذي: ٢٩٥/٦، ط حص).

(٢) وفي لفظ: ثلاثة دنائير.

(٣) أخرجه البخاري وأحمد والنسائي وابن حبان عن سلمة بن الأكوع، وروى أحمد وأصحاب السنن إلا أبا داود هذه القصة من حديث أبي قتادة، وصححه الترمذي، وقال فيه النسائي وابن ماجه: فقال أبو قتادة: «أنا أتكفل به» وهذا صريح في الإنشاء لا يحتمل الإخبار بما مضى. وروى القصة أيضاً أحمد وأبو داود والنسائي وابن حبان والدارقطني والحاكم عن جابر بن عبد الله. وفي موضوع القصة روى الدارقطني والبيهقي حديثاً عن أبي سعيد الخدري بأسانيد ضعيفة، وفي موضوعها أيضاً روى البزار ورجاله رجال الصحيح حديثاً عن أبي هريرة. ورواية القصة بأن الدين كان درهمين وأن الكفيل كان علياً بن أبي طالب رواية ضعيفة، كما قال ابن حجر (راجع التلخيص الحبير: ص ٢٥٠ وما بعدها، مجمع الزوائد: ١٢٧/٤، سبل السلام: ٦٢/٢، نيل الأوطار: ٢٣٧/٥ وما بعدها).

(٤) سبل السلام: ٦٢/٣، المبسوط: ١٦٠/١٩ وما بعدها، مغني المحتاج: ١٩٨/٢، المغني: ٥٣٤/٤.

(٥) قال بعض أصحاب الفقهاء الشافعي: إن في التوراة مكتوباً: إن الكفالة مذمومة، أولها ندامة، وأوسطها ملامة، وآخرها غرامة.

تعريفها: الكفالة لغة كما في كتب الحنفية والحنابلة: هي الضم. وفي كتب الشافعية: هي الالتزام. واصطلاحاً في الأصح عند الحنفية: هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة مطلقاً أي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين في المطالبة بنفس أو بدين أو عين كمغضوب ونحوه، فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل، ولا يسقط عن الأصيل^(١).

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: الكفالة: هي ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق أي في الدين، فيثبت الدين في ذمتها جميعاً، كما جاء في المغني لابن قدامة الحنبلي^(٢).

ويلاحظ أنه ليس من ضرورة ثبوت الدين في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الأصيل أن يترتب عليه زيادة حق للدائن؛ لأن الدين وإن ثبت في ذمة الكفيل، فلا يحق لرب الدين إلا استيفاء قيمة واحدة: إما من الكفيل أو من الأصيل.

كما يلاحظ أيضاً أنه لا مانع من ثبوت الدين في أكثر من ذمة؛ لأن الدين أمر اعتباري من الاعتبارات الشرعية، فجاز أن يعتبر الشيء الواحد في ذمتين، وإنما الممتنع هو ثبوت عين في زمن واحد في طرفين حقيقيين.

والدليل على ثبوت الدين في ذمة الكفيل أنه لو وهب الدين للكفيل صحت الهبة، وأن الكفيل يرجع بالدين على الأصيل مع أن هبة الدين لغير من عليه الدين لا تجوز. ويصح أيضاً للدائن أن يشتري شيئاً من الكفيل بالدين الذي له، مع أن الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح.

وأما دليل الحنفية على مذهبهم: فهو أن الدين وإن أمكن شرعاً اعتباره في ذمتين لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن إلا بموجب، ولا موجب هنا؛ لأن التوثق

(١) راجع فتح القدير: ٢٨٩/٥، البدائع: ٢/٦، الدر المختار: ٢٦٠/٤.

(٢) راجع الشرح الكبير: ٢٢٩/٣، مغني المحتاج: ١٩٨/٢، المغني: ٥٢٤/٤.

بالدين يحصل بثبوت حق المطالبة ، وأجابوا عن صحة الهبة ونحوها بأنهم جعلوا الدين في حكم الدينين لضرورة تصحيح تصرف صاحب الحق^(١) .

ومن أدلة الحنفية أيضاً أن الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس مع أنه لا دين فيها ، والمضمون بالكفالة بالنفس هو إحضار المكفول به ، وكما تصح بالدين تصح بالأعيان المضمونة ، وتعريف الكفالة بما يفيد ثبوت حق المطالبة فيها هو من أجل شمول جميع هذه الأنواع بخلاف ما لو قصرنا معناها على الضم في الدين ، فإنه يراد بها الكفالة بالمال فقط . والخلاصة : أن تعريف الكفالة بالضم في المطالبة أعم لشموله أنواع الكفالة : وهي الكفالة بالمال وبالنفس وبالأعيان ، وهو معنى كون هذا التعريف أصح .

وأما من عرفها بالضم في الدين فإنه أراد تعريف نوع منها وهو الكفالة بالمال . وأما النوعان الآخران فمتفق على كون الكفالة بهما كفالة بالمطالبة . وإذاً فيكون تصحيح الحنفية للتعريف الذي اختاروه مقبولاً من هذه الزاوية فقط وهي كونه أعم وأشمل لأنواع الكفالة الثلاث .

أما من ناحية الواقع بالنسبة لأحكام الكفالة فقد استظهر ابن عابدين أن الفقهاء متفقون على ثبوت الدين في ذمة الكفيل مع بقاءه في ذمة الأصيل ، بدليل الاتفاق على صحة هبة الدين والشراء به كما عرفنا ، ولأن اعتبار الدين في ذمتين ممكن كما أشرنا ، ولو كانت الكفالة ضمناً في المطالبة فقط بدون دين لزم ألا يؤخذ المال من تركة الكفيل ؛ لأن المطالبة تسقط عنه بموته كالكفيل بالنفس ، مع أن المنصوص عليه حتى عند الحنفية هو أن المال يحل بموت الكفيل ، ويؤخذ من تركته . وبدليل أنه يجوز أن يكفل الكفيل كفيل آخر بالمال المكفول به .

وتظهر ثمرة الخلاف بين التعريفين فيما إذا حلف الكفيل ألا دين عليه ، فإنه

(١) المراجع السابقة .

يبحث إذا قلنا بأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في الدين ، ولا يبحث إذا قلنا بأنها ضم في المطالبة^(١) .

ركن الكفالة : ركن الكفالة عند أبي حنيفة ومحمد : هو الإيجاب والقبول أي الإيجاب من الكفيل ، والقبول من الدائن^(٢) .

وقال أبو يوسف وجمهور الفقهاء : ركن الكفالة هو الإيجاب وحده . وأما القبول فليس بركن .

وعلى هذا تم الكفالة بالكفيل وحده في الكفالة بالمال والنفس ، ولا يشترط عند جمهور الفقهاء قبول المكفول له وهو الدائن ، ولا رضاه لعدم التعرض للقبول في حديث أبي قتادة السابق ذكره ، فإنه صحت الكفالة بمجرد أن قال أبو قتادة : هما علي يا رسول الله ، فصلى عليه ، ولم ينقل أنه قبل الدائن . ولأن الكفالة ضم لغة والالتزام المطالبة بما على الأصيل شرعاً ، ومعنى الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل ، فأشبهه النذر^(٣) .

وقال أبو حنيفة ومحمد : يشترط رضا المكفول له ، كما سيأتي في شروط الكفالة .

وأما رضا المكفول عنه أي الأصيل فلا يشترط بالاتفاق بين العلماء ؛ لأن قضاء دين الغير بغير إذنه جائز ، فالتزامه أولى ، ولأنه يصح الضمان عن الميت اتفاقاً ما عدا أبا حنيفة وإن لم يترك وفاء لدينه أي كان مفلساً . وأركان الكفالة أو الضمان عند الجمهور^(٤) أربعة : ضامن (وهو كل من يجوز تصرفه في ماله فلا يجوز ضمان الصغير ولا السفية) . ومضمون (وهو كل حق تصح النيابة فيه ، وهو الدين أو العين المضمونة ،

(١) راجع رد المختار على الدر المختار: ٢٦١/٤ .

(٢) فتح القدير: ٢٩٠/٥ ، البدائع: ٢/٦ ، الدر المختار، المرجع السابق ، مجمع الضمانات: ص ٢٧٥ .

(٣) مغني المحتاج: ٢٠٠/٢ ، المهذب: ٣٤٠/١ ، المغني: ٥٣٥/٥ .

(٤) القوانين الفقهية: ص ٢٢٥ ، مغني المحتاج: ١٩٨/٢ ، غاية المنتهى: ١٠٤/٢ .

وذلك في الأموال ، لا في الحدود ولا في القصاص ؛ لأنه لا تصح النيابة فيها) ومضمون
عنه (وهو كل مطلوب بمال ، حياً كان أو ميتاً) وصيغة (إيجاب) وأضاف الشافعية
ركناً خامساً وهو المضمون له (وهو مستحق الدين) .

ألفاظ الكفالة : تنعقد الكفالة بصيغة معينة ، وألفاظها عند الحنفية والشافعية :
إما صريح أو كناية : وهي كل لفظ ينبئ عن العهدة في العرف والعادة^(١) .

فالصريح : أن يقول الكفيل : تكفلت أو ضمنت أو أنا ضامن ما عليه ، أو أنا
زعيم ، أو قبيل ، أو حميل ، أو هو إلي أو علي ، أو لك عندي ، أو لك قبلي ، أو على أن
أوافيك به ، أو على أن ألقاك به ، أو دعه إلي .

والكناية : أن يقول : خل عن فلان ، والدين الذي عليه عندي ، أو دين فلان
إلي ، أو ضمنت فلاناً ، أو ضمان فلان علي ، فإن نوى المال ، أو البدن لزم وإلغاه .
وإذا قال : لفلان عندي كذا ، فهو يحتمل كونه وديعة ويحتمل كونه في الذمة ، لأن
كلمة « عند » تفيد القرب والحضرة ، وهو موجود في المعنيين السابقين ، فإذا أطلق
اللفظ يحمل على كونه وديعة في يده ، وعند قرينة الدين يحمل على ما في الذمة أي
في ذمتي ؛ لأن الدين لا يحتمله إلا الذمة .

والكفالة نوعان : كفالة بالنفس وكفالة بالمال . وتنعقد الكفالة بالنفس إذا قال
الكفيل : تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه أو بيده ،
وكذا إذا قال : بنصفه أو بثلثه ، أو بجزء منه ؛ لأن القاعدة الفقهية : « ذكر بعض ما
لا يتجزأ كذكر كله » فيكون كفيلاً ب كله ؛ لأنه مما لا يتجزأ^(٢) بخلاف ما إذا قال : بيد

(١) فتح القدير : ٢٩٢/٥ ، البدائع ، المرجع السابق : الدر المختار : ٢٦٤/٤ ، جمع الضمانات : ص ٢٦٥ ، مغني المحتاج ،
المرجع السابق : ص ٢٠٦ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٢٣٠/٢ .

(٢) ومثل ذلك ما لو طلق رجل زوجته نصف تطلقته أو ربعها مثلاً ، تطلق تطلقته كاملة رجعية ؛ لأنها مما
لا يتجزأ ، بخلاف كفالة المال ، فلو كفل بجزء من الدين ، كنصفه أو ربعه ، لم يكن كفيلاً بأكثر ؛ لأنه مما يقبل
التجزئة .

فلان أو برجله . وكذا تنعقد إذا قال ضمنته ، أو قال : علي ، أو قال : أنا زعيم به أو قبيل ، بخلاف قوله : أنا ضامن بمعرفته .

أحوال ركن الكفالة : الاتفاق على الكفالة إما أن يكون مطلقاً أو مقيداً بوصف ، أو معلقاً بشرط ، أو مضافاً إلى وقت ^(١) .

أ- فإن كانت الكفالة مطلقة فتجوز بالشروط التي سنذكرها ، غير أنها تتقيد بوصف الدين : فإن كان حالاً كانت الكفالة حالة ، وإن كان مؤجلاً كانت الكفالة مؤجلة .

ب- وإن كانت الكفالة مقيدة : فيما أن تقيد بوصف التأجيل أو بوصف الحلول . فإن كانت مؤجلة إلى أجل معلوم كشهراً أو سنة ، جازت . ويجوز أن يكون أجل الكفالة مماثلاً لأجل الدين أو أزيد منه أو أنقص ؛ لأن المطالبة بالدين حق الدائن المكفول له ، فله أن يتفق مع الكفيل والمدين على ما يشاء .

وإن كان الدين حالاً ، جاز التأجيل في الكفالة ، ويستفيد المدين نفسه من الأجل أيضاً في ظاهر الرواية ؛ لأن التأجيل إذا كان في نفس العقد ، يجعل الأجل صفة للدين ، والدين واحد . أما إذا كان التأجيل بعد تمام العقد ، فيختص به الكفيل فقط . وإذا كان التأجيل عن الأصيل ، فيستفيد الكفيل من الأجل ، أما إذا أجل الكفيل ، لم يستفد الأصيل من الأجل ؛ لأن المقصود تأخير المطالبة ، لا إسقاط الحق .

وإذا كانت الكفالة مؤجلة إلى سنة مثلاً ، مات الأصيل قبل تمام السنة ، يحل الدين في ماله ، ويبقى الأجل للكفيل ، وكذا يحل الدين في مال الكفيل إذا مات ، ويبقى الأصيل على أجله .

(١) راجع التفصيل في البدائع : ٣/٦ ، فتح القدير : ٤٠٤/٥ ، ٤١١ .

هذا هو مذهب الحنفية والمالكية والشافعية^(١)؛ لأن الموت عند الحنفية يعصف بذمة الإنسان ويبطل الأهلية إلا بمقدار ما تقتضيه ضرورة تسوية الحقوق وثبوت الأحكام التي لها سبب في حال الحياة .

وعند الحنابلة روايتان ، رجع ابن قدامة أن الدين لا يحل بالموت ؛ لأن الدين مؤجل ، فلا تجوز المطالبة به قبل الأجل ، كما لو لم يم^(٢) .

وإن كان التأجيل إلى وقت مجهول ، فتجوز الكفالة عند الحنفية والحنابلة والمالكية إذا كان الأجل متعارفاً بين الناس كالحصاد والدياس والنيروز ونحوه ؛ لأن هذه الجهالة ليست فاحشة فتتحملها الكفالة . وقال الشافعي : لا يجوز التأجيل إلى هذه الأوقات ، لأنه أجل مجهول^(٣) .

وإن لم يكن الأجل متعارفاً بين الناس كالتأجيل إلى مجيء المطر أو هبوب الريح ، فالأجل باطل ، والكفالة صحيحة ؛ لأن هذه جهالة فاحشة ، فلا تتحملها الكفالة ، فلا يصح التأجيل ، فبطل . هذا إذا كانت الكفالة مؤجلة .

فإن كانت الكفالة حالة ، فيجوز للدائن أن يشترط الحلول على الكفيل ، سواء أكان الدين حالاً أم مؤجلاً . ولو كفل الكفيل حالاً يصح للدائن أن يؤجله بعدئذ ، ويكون التأجيل خاصاً به .

وفي الجملة : يجوز في المذاهب الأربعة ضمان الدين الحال مؤجلاً ، وضمان المؤجل

(١) البدائع، المرجع السابق، المبسوط: ٢٨/٢٠، مختصر الطحاوي: ص ١٠٥، الشرح الكبير: ٣/٣٢٧، مغني المحتاج: ٢/٢٠٨ .

(٢) المغني: ٥/٥٤٥ .

(٣) المغني، المرجع السابق: ص ٥٦٠، مغني المحتاج: ٢/٣٠٧، المبسوط: ١٩/١٧٢، جمع الضمانات: ص ٢٧٣، الفرائد البهية في القواعد الفقهية: ص ١٤٢ .

حالاً؛ لأن الضمان تبرع، والحاجة تدعو إليه، فيصح على حسب ما التزم به الضامن^(١).

وفي الكفالة بالنفس: لو تكفل شخص برجل إلى شهر أو إلى ثلاثة أيام ونحوها: جاز، ولكن الكفيل إنما يطالب بتسليم المكفول بنفسه بعد مضي تلك المدة المتفق عليها ولا يطالب به في الحال في ظاهر الرواية.

وقال أبو يوسف: إنه يطالب به للحال، وإذا مضى الأجل يبرأ الكفيل. وهو قول الحسن بن زياد، وقال القاضي النسفي: وقول أبي يوسف أشبه بعرف الناس. وكان بعضهم يفتي به^(٢).

ج- إذا كانت الكفالة معلقة بشرط: فتجوز عند الحنفية إذا كان الشرط ملائماً لمقتضى العقد، مثل أن يكون الشرط سبباً لوجوب الحق، كأن يقول الكفيل: إذا استحق المبيع فأنا كفيل، أو شرطاً لإمكان الاستيفاء (أي لسهولته) مثل قوله: إذا قدم زيد - وكان هو المكفول عنه - فأنا كفيل، أو شرطاً لتعذر الاستيفاء وصعوبته مثل: إن غاب زيد عن البلدة فأنا كفيل.

وفيما عدا مثل هذه الحالات كالتعليق بهبوب الريح أو مجيء المطر، أو دخول زيد الدار بأن يقول: إذا جاء المطر أو نحوه فأنا كفيل، تثبت الكفالة حالة، ويبطل الأجل^(٣). والخلاصة: أنه يصح تعليق الكفالة بنوعها بشرط متعارف، والمتعارف كأن يعلق الكفالة بما هو سبب الحق، أو سبب لإمكان التسليم. وأما التعليق بهبوب الريح ونحوه فهو غير متعارف.

(١) البدائع، المرجع السابق: الشرح الكبير: ٣٣١/٢، نهاية المحتاج للرملي: ٤١٦/٣، مغني المحتاج: ٢٠٧/٢.

(٢) مجمع الضمانات: ص ٢٦٦.

(٣) فتح القدير: ٤١٤/٥، البدائع: ٤/٦، الدر المختار: ٢٧٧/٤، مجمع الضمانات: ص ٢٧٢، الفرائد البهية في

القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة: ص ١٤٢.

وقال الشافعية: الأصح أنه لا يجوز تعليق الكفالة بشرط مثل: إذا جاء رأس الشهر، فقد ضمنت ما على فلان، أو تكفلت ببدنه^(١).

تعليق كفالة المال على عدم الموافاة بالنفس:

لو كفل إنسان بنفس آخر، فقال: إن لم أحضر غداً فأنا ضامن ما عليه، فلم يحضر به، أو مات المكفول، فالمال لازم للكفيل عند الحنفية، لأن هنا كفالتين: بالنفس والمال، وكل ما في الأمر أنه كفل بالنفس مطلقاً، وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة بالنفس، وهذا التعليق صحيح إذا أقر المدين بالمدعى به، أو ثبت بالبينة وقضى به القاضي^(٢). وقال الشافعية: لا يضمن المال^(٣). وقد ذكر الحنفية تفريعات أخرى قريبة من هذا الموضوع.

منها: لو كفل إنسان بنفس رجل، وقال: إن لم أوافك به غداً، فعلي ألف ليرة، ولم يقل الألف التي عليه أو الألف التي ادعيت، وكان المطالب بالمبلغ ينكر المال، فالمال لازم للكفيل عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وعند محمد: لا يلزمه. وجه قول محمد: أن هذا إيجاب المال معلقاً بالخطر أي بالاحتمال، لأنه لم توجد الإضافة إلى الواجب، ووجوب المال لا يتعلق بالخطر، أما الكفالة بمال ثابت فتتعلق بالخطر.

ووجه قول الشيخين: أن مطلق الألف ينصرف إلى الألف المعهودة، وهي الألف المضمونة.

ولو كفل رجل بالمال، وقال للمكفول له: «إن وافيتك به غداً، فأنا بريء» فوفاه من الغد يبرأ من المال في رواية؛ لأن هذا ليس بتعليق البراءة بشرط الموافاة،

(١) نهاية المحتاج: ٤١٥/٣، المهذب: ٣٤١/١، مغني المحتاج: ٢٠٧/٢.

(٢) البدائع: ٤/٦ وما بعدها، فتح القدير: ٣٩٦/٥، البسوط: ١٧٦/١٩، الدر المختار: ٢٦٩/٤، مجمع الضمانات: ص ٢٦٦ وما بعدها.

(٣) مغني المحتاج: ٢٥/٢ وما بعدها.

بل هو جعل الموافاة غاية للكفالة بالمال ، والشرط قد يذكر بمعنى الغاية لمناسبة بينها . وفي رواية وهي الراجحة : لا يبرأ من المال لأن قوله : « إن وافيتك به غداً فأنا بريء » تعليق البراءة عن المال بشرط الموافاة بالنفس ، والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط ؛ لأن فيها معنى التملك ، والتملكات لا يصح تعليقها بالشرط^(١) .

د- وإن كانت الكفالة مضافة إلى وقت في المستقبل : جازت عند الحنفية مثل أن يضمن إنسان لآخر ما يقرضه لفلان ، أو ما يستهلكه من ماله أو ما يغضبه منه ، أو ثمن ما يبيعه به ، فهذه الكفالة صحيحة لأنها أضيفت إلى سبب الضمان .

المبحث الثاني - شروط الكفالة :

تتشرط في الكفالة شروط تتعلق إما بالكفيل ، أو بالأصيل ، أو بالمكفول له ، أو بالمكفول به ، فالذي تلزمه المطالبة بالمال الذي على المدين هو الكفيل ، والمدين : هو المكفول عنه ، ويسمى الأصيل أيضاً ، والمدعي - وهو الدائن : مكفول له ، ومحل الكفالة - وهو المال أو النفس المكفولة : هو المكفول به .

شروط الكفيل : اشترط فقهاء الحنفية وغيرهم في الكفيل شرطين^(٢) :

أولهما - أهلية العقل والبلوغ : فلا تنعقد كفالة الصبي والمجنون ؛ لأن الكفالة عقد تبرع بالتزام المال ، فلا تنعقد ممن ليس من أهل التبرع ، وهذا شرط متفق عليه ، وهو المعبر عنه بالرشد أي صلاح الدين والمال ؛ لأن الكفالة تصرف مالي ، فلا تصح من مجنون وصبي ومحجور عليه بسفه ، لعدم رشدهم .

(١) البدائع ، المرجع السابق ، المبسوط للرخسي : ١٧٨/١٩ .

(٢) البدائع : ٥/٦ وما بعدها ، المبسوط : ٨/٢٠ ، الدر المختار : ٢٦٢/٤ ، الكتاب مع اللباب : ١٥٩/٢ ، القوانين

الفقهية : ص ٢٢٥ ، مفتي المحتاج : ١٩٨/٢ ، غاية المنتهى : ١٠٣/٢ .

ثانيهما - الحرية : وهذا شرط نفاذ للتصرف ، فلا يجوز كفالة العبد ؛ لأنها تبرع ، والعبد لا يملك التبرع بدون إذن سيده ، ولكن الكفالة تنعقد ، حتى إن العبد يطالب بموجبها بعد عتقه .

شروط الأصيل : يشترط في الأصيل شرطان أيضاً^(١) :

أولهما - أن يكون قادراً على تسليم المكفول به إما بنفسه أو بنائبه . وهذا الشرط خاص عند أبي حنيفة ، فلا تصح الكفالة عنده بالدين عن ميت مفلس مات ولم يترك وفاء لدينه ؛ لأنه دين ساقط ، فلم يصح ضمانه ، كما لو سقط بالإبراء ، ولأن ذمة الميت قد زالت بالموت ، فلم يبق فيها دين ، والضمان : ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة به .

وقال صاحبان وجمهور الفقهاء^(٢) : يصح ضمان الدين عن الميت المفلس بدليل حديث أبي قتادة السابق ذكره ، فإنه ضمن دين ميت لم يترك شيئاً لوفاء دينه . والنبي ﷺ حض الصحابة على ضمان دين الميت في حديث أبي قتادة بقوله : « ألا قام أحدكم فضمنه ؟ » ولأن دين الميت دين ثابت ، فصح ضمانه كما لو خلف وفاء لدينه . والدليل على ثبوت هذا الدين : أنه لو تبرع رجل بقضائه ، جاز لصاحب الدين اقتضاؤه ، وكذا لو ضمنه حياً ، ثم مات لم تبرأ ذمة الضامن ، مما يدل على أنه لم تبرأ ذمة المضمون عنه .

ثانيهما - أن يكون الأصيل معروفاً عند الكفيل : فإذا قال الكفيل : كفلت ما على أحد من الناس ، لا تصح الكفالة ؛ لأن الناس لم يتعارفوا ذلك ، ولأن اشتراط هذا الشرط إنما هو لأجل معرفة المكفول عنه : هل هو موسراً أو ممن يبادر إلى قضاء دينه أو يستحق اصطناع المعروف أم لا . ولا يشترط حضرة الأصيل ، فتجوز

(١) البدائع ، المرجع السابق : ص ٦ ، الدر المختار : ٢٦٢/٤ ، ٢٧٨ ، فتح القدير : ٤١٩/٥ .

(٢) بداية المجتهد : ٢/٢٩٤ ، الشرح الكبير للدردير : ٣/٣٣١ ، المهذب : ١/٣٣٩ ، المغني : ٤/٥٣٧ .

الكفالة عن غائب أو محبوس؛ لأن الحاجة إلى الكفالة في الغالب تظهر في مثل هذه الأحوال^(١).

وقال الشافعية: الأصح أنه لا يشترط معرفة المكفول عنه قياساً على رضاه، فإنه ليس بشرط، وأما اصطناع المعروف فهو معروف، سواء أكان لأهله أم لغير أهله^(٢).

شروط المكفول له: يشترط في المكفول له وهو الدائن شروط^(٣) وهي:

أولاً- أن يكون معلوماً: فلو كفل إنسان لأحد من الناس، فلا تجوز الكفالة، لأنه إذا كان المكفول له مجهولاً لا يتحقق المقصود من الكفالة وهو التوثق. ويوافق الشافعية على هذا الشرط في الأصح عندهم؛ لأن مستحقي الدين يتفاوتون عادة في استيفاء الدين تشديداً وتسهيلاً^(٤).

وأجاز المالكية والحنابلة الضمان مع جهالة المكفول له، نحو: أنا ضامن زيداً بالدين الذي عليه للناس. ويستدلون بقوله تعالى: ﴿قَالُوا: نَفَقَد صَوَاعَ الْمَلِكِ، وَلَمَّا جَاءَ بِهِ حَمَلٌ بَعِيرٌ، وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ لأن المنادي لم يكن مالكاً، وإنما كان نائباً عن يوسف عليه السلام، فشرط حمل البعير على يوسف لمن جاء بالصواع، وتحمل هو به عن يوسف^(٥).

ثانياً- أن يكون المكفول له حاضراً في مجلس العقد: وهذا شرط انعقاد عند أبي حنيفة ومحمد إذا لم يكن هناك نائب عن المكفول له يقبل الكفالة في المجلس. فلو كفل إنسان الغائب عن المجلس، فبلغه الخبر، فأجاز لا تجوز الكفالة عندهما إذا لم

(١) بداية المجهود: ٢٩٤/٢، البدائع: ٦/٦، مغني المحتاج: ٢٠٤/٢.

(٢) مغني المحتاج: ٢٠٠/٢.

(٣) راجع البدائع: ٦/٦ وما بعدها، فتح القدير: ٤١٧/٥، المبسوط: ٩/٢٠، الدر المختار: ٢٨٠/٤.

(٤) مغني المحتاج، المرجع السابق.

(٥) أحكام القرآن لابن العربي: ١٠٨٥/٣، المغني: ٥٣٥/٥ وما بعدها.

يقبل عنه حاضر في المجلس . دليلهما : أن في الكفالة معنى التمليك ، والتمليك لا يحصل إلا بالإيجاب والقبول ، فلا بد من توافره لإتمام صيغة العقد .

وأما أبو يوسف فعنه روايتان ، والقول المتأخر عنه أن الكفالة عن الغائب تجوز ؛ لأن معنى الكفالة وهو الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل ، فكان إيجابه صالحاً وحده لإتمام العقد .

ثالثاً- أن يكون المكفول له عاقلاً : وهذا متفرع على مذهب أبي حنيفة ومحمد في اشتراط الشرط السابق ، فلا يصح قبول المجنون والصبي غير المميز ، لأنها ليسا أهلاً لصدور القبول عنها باعتباره ركناً في العقد .

شروط المكفول به : يشترط في المكفول به شروط ثلاثة^(١) :

أولاً- أن يكون المكفول به مضموناً على الأصيل ، سواء أكان ديناً أم عيناً أم نفساً أم فعلاً عند الحنفية بشرط أن تكون العين مضمونة بنفسها^(٢) كالمغضوب والمقبوض بالبيع الفاسد ، والمقبوض على سوم الشراء .

أما العين التي هي أمانة سواء أكانت غير واجبة التسليم كالودائع ومال الشركات ، أم واجبة التسليم كالعارية والمستأجر في يد الأجير أو المضمونة بغيرها ، كالمبيع قبل القبض ، والرهن ، فلا تصح الكفالة بهما ؛ لأن العين التي هي أمانة ليست بمضمونة ، ولأن المضمون بغيره ليس بمضمون بنفسه . فإذا هلك المبيع قبل القبض لا يجب على البائع شيء ، ولكن يسقط الثمن عن المشتري ، وإذا هلك الرهن لا يجب على المرتهن شيء ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدره .

(١) البدائع : ٧/٦ وما بعدها ، فتح القدير : ٤٠٢/٥ وما بعدها ، رد المحتار : ٢٦٤/٤ ، ٢٨١ ، مجمع الضمانات : ص ٢٧١ .

(٢) العين نوعان : أمانة ومضمونة . فالأمانة كالودائع ومال الشركات والمضاربات والعارية والمستأجر في يد الأجير ، والمضمونة إما بنفسها كالمغضوب ونحوه ، أو بغيرها كالمبيع قبل القبض ، فإنه مضمون بالثمن والرهن فإنه مضمون بالدين .

والمراد بالفعل المكفول به : هو فعل التسليم مثل الكفالة بتسليم المبيع والرهن ،
وتصح الكفالة بالفعل ؛ لأن التسليم مضمون على الملتزم به ، فالمبيع مضمون التسليم
على البائع ، والرهن مضمون التسليم على المرتهن في الجملة بعد قضاء الدين .

الكفالة بالنفس : وعلى هذا تصح الكفالة بنفس من عليه الحق لأن
الكفالة بالنفس ^(١) كفالة بالفعل : وهو تسليم النفس ، وفعل التسليم مضمون على
الأصيل ، فجازت الكفالة به .

وقد أجاز الكفالة بالنفس إذا كانت بسبب المال جمهور الفقهاء ومنهم أئمة
المذاهب الأربعة ، لقوله تعالى : ﴿ قال : لن أرسله معكم حتى تؤتونا موثقاً من الله
لتأتيني به إلا أن يحاط بكم ﴾ ولقوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم » وهذا يشمل
الكفالة بنوعيهما ، ولأن ما وجب تسليمه بعقد ، وجب تسليمه بعقد الكفالة كالمال ،
ولأن الكفيل يقدر على تسليم الأصيل بأن يعلم من يطلبه مكانه ، فيخلى بينه وبينه ،
أو يستعين بأعوان القاضي في التسليم . وأما قول الشافعي : « كفالة البدن ضعيفة »
فإنه أراد أنها ضعيفة من جهة القياس ؛ لأن الشخص الحر لا يدخل تحت اليد ، ولا
يقدر على تسليمه ^(٢) . هذا هو تحقيق مذهب الشافعي بخلاف ما تذكره كتب
الحنفية .

إلا أن الشافعية قالوا : المذهب صحة الكفالة بالنفس أو البدن لمن عليه مال أو
لمن عليه عقوبة لآدمي كقصاص وحد قذف ، والمذهب منعها في حدود الله تعالى
كحد الخمر والزنا والسرقة ؛ لأنه يسعى في دفعها ما أمكن .

وقال الحنابلة : لا تصح الكفالة ببدن من عليه حد ، سواء أكان حقاً لله تعالى ،
كحد الزنا والسرقة ، أم لآدمي كحد القذف والقصاص .

(١) الكفالة بالنفس أو بالبدن وتسمى كفالة الوجه : هي التزام إحضار المكفول إلى المكفول له ، للحاجة إليها .

(٢) راجع الشرح الكبير / ٣ / ٣٤٤ ، بداية المجهد : ٢ / ٢٩١ ، مغني المحتاج : ٢ / ٢٠٣ ، المهذب : ١ / ٣٤٢ ، المغني :

٥٥٦ / ٤ ، المبسوط : ١٩ / ١٦٢ ، البدائع : ٦ / ٨ ، فتح القدير : ٥ / ٢٩١ ، الكتاب مع اللباب : ٢ / ١٥٣ ، كشف

القناع : ٣ / ٣٦٢ .

ومن أحكام الكفالة بالنفس أنه إذا شرط الأصيل في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه ، لزم الكفيل إحضار المكفول به إذا طالبه به في الوقت ، وفاء بما التزمه كالدين المؤجل إذا حل ، فإن أحضره ، فيها ، وإن لم يحضره ، حسبه الحاكم لامتناعه عن إيفاء حق مستحق عليه . وإن أحضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له على محاكمته كالمصر ، برئ من الكفالة ، لأنه أتى بما التزمه . وإذا تكفل به على أن يسلمه في مجلس القاضي ، فسلمه في السوق برئ أيضاً ؛ لأن المقصود هو إمكان الخصومة وإثبات الحق ، وهذا حاصل متى سلمه في السوق لتعاون الناس معه على إحضاره إلى القاضي .

ثانياً- أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء على الكفيل ليكون العقد مفيداً ، وذلك في الأموال عند جمهور العلماء . وعليه لا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل (أي لأن النية لا تجري في العقوبات) ، فلا تفيد الكفالة فائدتها . هذا مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة^(١) . ودليلهم ما روي عن النبي عليه السلام أنه قال : « لا كفالة في حد »^(٢) ولأن الكفالة استيثاق ، والحدود مبناها على الدرء والإسقاط بالشبهات ، فلا يلائمها الاستيثاق ، ولأن الحق لا يجوز استيفاءه من الكفيل إذا تعذر عليه إحضار المكفول به .

ويلاحظ أن عدم جواز الكفالة بالحدود والقصاص معناه عند الحنفية : عدم جواز الإجبار على إعطاء الكفالة ، فإن سمحت نفس المدعى عليه وتبرع بإعطاء الكفالة في حالة القصاص والحد الذي فيه حق للعبد وهو حد القذف وحد السرقة ،

(١) البدائع ، المرجع السابق ، الشرح الكبير: ٣٤٦/٣ ، بداية المجتهد : ٢٩٣/٢ ، المغني : ٥٥٧/٤ ، فتح القدير :

٢٩٩/٥ ، مجمع الضمانات : ص ٢٧٢ ، الكتاب مع اللباب : ١٥٧/٢ وما بعدها .

(٢) رواه البيهقي بإسناد ضعيف ، وقال : إنه منكر عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . ورواه ابن عدي في

الكمال ، وأعله أيضاً برواية أبي عمر الكلاعي بأن أحاديثه منكرة (راجع سبل السلام : ٦٣/٢ ، نصب الراية :

٥٩/٤) .

جازت الكفالة بالنفس ؛ لأنها كفالة بمضمون على الأصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل ، فتصح كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين .

فإن لم يتبرع المدعى عليه وهو الذي توجه عليه الحد أو القصاص ، فلا يجبر عند أبي حنيفة على تقديم كفيل بنفسه بإحضاره في مجلس القضاء لإثبات دعوى المدعى عليه ؛ لأن الكفالة لا تتلاءم مع الحدود كما عرفنا ، وحينئذ يحبس القاضي حتى تقام عليه البينة أو يستوفى الحد . وقال الصحابان : يجبر على تقديم كفيل بنفسه في القصاص وفي حد القذف ؛ لأن فيها حق العبد .

والخلاصة : أنه لا تجوز الكفالة بنفس الحد أو القصاص بدون نفس من عليه الحد ، إذ الحد عقوبة لا تجري فيها النيابة ، أما لو كفل بنفس من عليه الحد فتصح الكفالة .

وقال الشافعية : المذهب أنه لا تجوز كفالة النفس (أو البدن) في الحدود الخالصة لله تعالى كحد الحمر والزنا والسرقه ، لأنه يسعى في دفعها ما أمكن .

وتجوز كفالة تسليم النفس في الحدود الخالصة للآدمي كقصاص وحد قذف وتعزير ؛ لأنها حق لآدمي ، فصحت الكفالة ، كسائر حقوق الآدميين المالية^(١) .

ويتفرع على هذا الشرط عند الحنفية : أنه تصح الكفالة بالتزام حمولة شيء في ذمة متعهد النقل بوسيلة نقل غير معينة بذاتها كأبي سيارة أو دابة لأن المستحق حينئذ مقدور للكفيل . لكن لا تصح الكفالة بالتزام نقل حمل من مكان إلى آخر على سيارة أو دابة معينة بذاتها دون غيرها ؛ لأن الكفيل قد يعجز عن الحمولة بتلف وسيلة النقل المحصنة .

(١) مغني المحتاج : ٢٠٣/٢ وما بعدها ، المذهب : ٣٤٣/١ .

ثالثاً- أن يكون الدين لازماً صحيحاً : وهو ما لا يسقط إلا بالأداء أو بالإبراء . وهذا الشرط خاص بالكفالة بالمال . ويترتب عليه أنه لا تصح الكفالة ببديل الكتابة ، لأنه ليس بدين لازم ، وأنه دين ضعيف ؛ لأن للمكاتب إسقاط المكاتب بالفسخ ، فلا معنى للتوثق عليه ، ولا تصح أيضاً الكفالة بما ليس بدين كنفقة الزوجة قبل القضاء بها أو التراضي عليها ؛ لأنها لا تصير ديناً إلا بالقضاء أو الرضا^(١) .

قال البغدادي : لو كفل بالنفقة المقررة الماضية صحت الكفالة مع أنها تسقط بدون الأداء أو الإبراء ، بموت الكفيل أو المكفول له . وكذا لو كفل بنفقة شهر مستقبل ، وقد قرر لها في كل شهر كذا ، أو بيوم يأتي وقد قرر لها في كل يوم ، فإنها صحيحة^(٢) .

ولا يشترط في الكفالة بالمال عند جمهور الفقهاء^(٣) أن يكون الدين معلوم القدر والصفة والعين ، فتصح الكفالة بالمعلوم كقوله : تكفلت عنه بألف ، أو بالمجهول كقوله : تكفلت عنه بما لك عليه ، أو بما يدركك في هذا البيع من الضمان ؛ لأن الكفالة مبينة على التوسع ، فيحتمل فيها الجهالة ، وقد أجمع الفقهاء على صحة ضمان الدرك^(٤) : وهو أن يضمن شخص للمشتري الثمن إن خرج المبيع مستحقاً أو معيباً أو

(١) الدر المختار مع رد المختار: ٢٦٢/٤ ، ٢٧٤ ، الشرح الكبير: ٣٣٣/٣ ، المهذب: ٣٤٠/١ ، مغني المحتاج: ٢٠١/٢ .

(٢) مجمع الضمانات: ص ٢٦٩ .

(٣) البدائع: ٩/٦ ، فتح القدير: ٤٠٢/٥ وما بعدها ، بداية المجتهد: ٢٩٤/٢ ، المغني: ٥٣٦/٤ ، ٥٣٩ ، ٥٥٧ ، المبسوط: ٥٠/٢٠ ، الدر المختار: ٢٧٤/٤ ، مجمع الضمانات ، المرجع السابق .

(٤) بفتح الراء وسكونها ، وهو التبعة أي المطالبة والمؤاخذه ، وإن لم يكن له حق ثابت ، لأن الحاجة قد تدعو إلى معاملة الغريب ويخاف أن يخرج ما يبيعه مستحقاً ولا يظفر به ، فاحتجج إلى التوثق به . ويسمى أيضاً ضمان العهدة لالتزام الضامن ما في عهدة البائع رده . والعهدة في الحقيقة عبارة عن الصك المكتوب فيه الثمن ، ولكن الفقهاء يستعملونه في الثمن مجازاً (انظر مغني المحتاج ، المرجع الآتي) وإذا فالكفالة بالدرك (بفتحتين) : هي الكفالة بما يدرك المال المبيع ويلحق به من خطر بسبب سابق على البيع (مدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ٢٧١) قال بعض الحنفية : الكفالة بالدرك جائزة وهو التزام تسليم الثمن عند استحقاق المبيع ، ولا يلزمه حتى يقضى بالاستحقاق على البائع أو على المشتري (مجمع الضمانات: ص ٢٧٥) .

ناقصاً إما لرداءته أو لنقص صنجات الوزن التي وزن بها .

وصحح الحنفية الكفالة فيما لو قال إنسان لغيره : اسلك هذا الطريق فإن أخذ مالك فأنا ضامن ، فأخذ ماله ، صح الضمان ، والمضمون عنه مجهول ، وكذا لو قال : لو غضب مالك فلان أو واحد من هؤلاء القوم فأنا ضامن ، صح الضمان^(١) .

ومذهب الشافعي الجديد : أنه ينبغي أن يكون الدين المضمون به معلوماً جنساً وقدراً وصفةً وعيناً ؛ لأن الضمان إثبات مال في الذمة لآدمي بعقد ، فلم يجز مع الجهالة ، كالتمن في البيع ، فلا يصح المجهول ولا غير المعين كأحد الدينين . وأما ضمان الدرك فهو جائز عندهم لحاجة الناس إليه^(٢) .

المبحث الثالث - أحكام الكفالة :

للكفالة حكمان^(٣) :

أحدهما - ثبوت ولاية مطالبة الكفيل بما على الأصيل . والمطالب به يختلف بحسب محل الكفالة . فإن كانت الكفالة بالدين ، فيطالب الكفيل بما على الأصيل بالدين كله إن كان واحداً . فإن كان هناك كفيلاً والدين ألف مثلاً ، فيطالب كل واحد منهما بخمسائة إذا لم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه ، لأنها استويا في الكفالة ، والمكفول به يحتمل الانقسام ، فينقسم عليهما في حق المطالبة . ولو أدى أحدهما لا يرجع على صاحبه ؛ لأنه يؤدي عن نفسه ، لا عن صاحبه ، لكن يرجع على الأصيل بما أدى .

(١) جمع الضمانات : ص ٢٧٠ .

(٢) نهاية المحتاج : ٤٠٣/٣ ، مغني المحتاج : ٢٠١/٢ ، المهذب : ٣٤٠/١ وما بعدها .

(٣) البدائع : ١٠/٦ وما بعدها ، فتح القدير : ٣٩١/٥ ، ٤٠٣ ، الميسر : ١٩/١٦٢ ، الدر المختار : ٢٦٢/٤ ، القوانين

الفقهية : ص ٣٢٥ .

وإن كانت الكفالة بالنفس : فيطالب الكفيل بإحضار المكفول بنفسه إن لم يكن غائباً . وإن كان غائباً يؤخر الكفيل إلى مدة يمكنه إحضاره فيها ، فإن لم يحضر في المدة ولم يظهر عجزه ، للقاضي حبسه إلى أن يظهر عجزه له . فإذا ظهر للقاضي أنه لا يقدر على الإحضار بدلالة الحال ، أو بشهادة الشهود أو غيرها ، أطلقه من الحبس وأنظره إلى حال القدرة على إحضاره ، لأنه بمنزلة المفلس بالنسبة للدين . وإذا أخرج القاضي فإن الدائنين الغرماء يلزمونه ، ولا يحول القاضي بينه وبين الغرماء ، ولكن ليس للغرماء أن يمنعوه من أشغاله أو من الكسب وغيره . هذا مذهب الحنفية .

وقال الشافعية : يلزم الكفيل بإحضار المكفول إن علم مكانه ، فإن جهل مكانه لم يلزم بإحضاره ، وإذا لزم بالإحضار يمهل مدة الذهاب والإياب ، فإن مضت تلك المدة ولم يحضره حبس إلى أن يتعذر إحضار المكفول بموت أو جهل بموضعه أو إقامة عند شخص يمنعه من إمكان الوصول إليه^(١) .

وإن كانت الكفالة بالعين ، فيطالب الكفيل بتسليم العين إن كانت قائمة وبمثلاها أو قيمتها إن كانت هالكة .

هل يبرأ الأصيل من الدين ؟

يلاحظ أنه لا يترتب على الكفالة عند جمهور الفقهاء براءة الأصيل^(٢) ، فيكون الدائن بالخيار بين أن يطالب الأصيل أو يطالب الكفيل إلا إذا كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل ؛ لأنها حوالة معنى^(٣) .

(١) معني المحتاج : ٢٠٥/٢ .

(٢) البدائع ، المرجع السابق ، معني المحتاج : ٢٠٨/٢ ، بداية المجتهد : ٢٩٢/٢ ، المعني : ٥٤٦/٤ ، ٥٤٧ ، فتح القدير : ٣٩٠/٥ .

(٣) المبسوط : ٤٦/٢٠ .

ولم يجز الشافعية في الأصح عندهم الكفالة بشرط براءة الأصيل ؛ لأنه شرط
ينافي مقتضى الضمان .

وقال الإمام مالك في أحد قوليهِ : ليس للدائن أن يطالب الكفيل إلا إذا تعذر
مطالبة المكفول عنه ؛ لأن الضمان وثيقة ، فلا يستوفى الحق منها إلا عند تعذر
استيفائه من الأصيل كالرهن .

وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبو ثور وابن سيرين والظاهرية والإمامية : إن
الكفالة توجب براءة الأصيل ، وينتقل الحق إلى ذمة الكفيل ، فلا يملك الدائن
مطالبة الأصيل أصلاً كما في الحوالة ، واحتجوا بقصة ضمان أبي قتادة رضي الله عنه
الدينارين عن ميت ، فإن الرسول ﷺ قال له : « جزاك الله خيراً وفك رهانك كما
فككت رهان أخيك »^(١) فدل هذا على أن المضمون عنه بريء من الضمان .

والصحيح هو قول الجمهور ؛ لأن الكفالة معناها ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة
أو في حق أصل الدين على الخلاف السابق ، والبراءة تنافي الضم ، ولأن الكفالة لو
كانت مبرئة ، لكانت حوالة ، وهما متغايران ؛ لأن تغاير الأسمي دليل تغاير المعاني
في الأصل . واستدلوا من السنة بقوله ﷺ : « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى
عنه »^(٢) . وقوله في قصة أبي قتادة : « الآن بردت جلده »^(٣) حين أخبره أنه قضى
دينه . وأما صلاة النبي ﷺ على المضمون عنه ، فلأنه بالضمان صار له وفاء ، وإنما

(١) ذكرنا سابقاً أن رواية علي ضعيفة كما قال ابن حجر ، والأصح منها رواية القصة عن أبي قتادة .

(٢) رواه أحمد في مسنده والترمذي وابن ماجه والحاكم عن أبي هريرة . وفي معناه روى الطبراني في الأوسط عن
البراء بن عازب عن رسول الله ﷺ قال : « صاحب الدين مأسور بدينه يشكو إلى الله الوحدة » وفيه
مبارك بن فضالة وثقه عفان وابن حبان وضعفه جماعة (راجع الجامع الصغير: ١٨٨/٢ ، مجمع الزوائد:
١٢٩/٤) .

(٣) هذا ثابت في رواية جابر بن عبد الله عند أحمد والدارقطني والحاكم بلفظ « الآن بردت عليه جلده » وفي
رواية : « قبره » (راجع التلخيص الحبير: ص ٢٥١ ، نيل الأوطار: ٢٣٩/٥) .

امتنع عن الصلاة على مدين لم يخلف وفاء . وأما قوله : « فك الله رهانك إلخ » فإنه كان بحال لا يصلي عليه النبي ﷺ ، فلما ضمن عنه فكه عن ذلك أو عما في معناه^(١) .

وهناك فرق بين وضع الكفالة ووضع الغاصب وغاصب الغاصب ، فإن للمالك المغصوب منه أن يضمن أيها شاء ، وإذا اختار تضمين أحدهما لا يملك اختيار تضمين الآخر . ووجه الفرق : أن المالك المغصوب منه إذا اختار تضمين الغاصب أو غاصب الغاصب أي إن قضى القاضي عليه فاختياره يتضمن التملك منه للمضمون ، فبراً الآخر بالضرورة ، بخلاف المطالبة بمقتضى الكفالة ، فإنها لا تقتضي التملك للمضمون ؛ لأن مقتضى الكفالة هو الضم ، ولا يحصل التملك فيها ، حتى ولو قضى القاضي ما لم توجد حقيقة الاستيفاء .

الحكم الثاني للكفالة : هو ثبوت ولاية مطالبة الكفيل الأصيل إذا كانت الكفالة بأمره في جميع أنواع الكفالات ، فإذا كانت الكفالة بدين مثلاً يطالب الكفيل المكفول عنه بالحلاص إذا طولب ، وإن حبس فله أن يحبس المكفول عنه ؛ لأنه هو الذي أوقعه في هذه المسؤولية ، فكان عليه تخليصه منها .

أما إذا كانت الكفالة بغير أمر الأصيل فليس للكفيل حق ملازمة الأصيل إذا لوزم ، ولا حق الحبس إذا حبس .

وليس للكفيل أن يطالب بالمال قبل أن يؤدي هو ، وإن كانت الكفالة بأمر الأصيل ؛ لأن ولاية المطالبة إنما تثبت بحكم القرض والتملك ، وكل ذلك يقف على الأدلة ولم يوجد ، وهذا بخلاف الوكيل بالشراء ، فإن له مطالبة الموكل بالثمن بعد الشراء قبل أن يؤدي هو من مال نفسه ؛ لأن الثمن هنا يقابل المبيع ، وملك المبيع وقع للموكل ، فكان الثمن عليه ، فيكون للوكيل الحق في أن يطالبه به . وأما في الكفالة فإن حق المطالبة هو بسبب القرض أو التملك ، ولم يوجد بعد .

(١) فتح القدير: ٣٩٠/٥ والمراجع السابقة .

فإذا أدى الكفيل كان له أن يرجع على الأصيل إذا كانت الكفالة بأمره ؛ لأن العلاقة بينهما تكون حينئذ علاقة قرض واستقراض ، فالأصيل مستقرض والكفيل بأداء المال مقرض ، والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه .

المبحث الرابع - انتهاء الكفالة :

نستعرض هنا طرق انتهاء الكفالة بإيجاز بحسب كل نوع من أنواعها . فإذا كانت الكفالة بالمال فهي تنتهي بأحد أمرين^(١) :

أولهما - أداء المال إلى الدائن أو ما هو في معنى الأداء ، سواء أكان الأداء من الكفيل أم من الأصيل ؛ لأن حق المطالبة بالدين طريق إلى الأداء ، فإذا وجد فقد حصل المقصود من الكفالة ، فينتهي حكم العقد .

وتنتهي الكفالة إذا وهب الدائن المال إلى الكفيل أو إلى الأصيل ؛ لأن الهبة بمنزلة الأداء . ومثل الهبة التصديق بالدين على الكفيل أو على الأصيل . ومثله أيضاً إذا مات الدائن وورثه الكفيل أو الأصيل ؛ لأن بالميراث يملك ما في ذمته ، فإن كان الوارث هو الكفيل فقد ملك ما في ذمته ، فيرجع على الأصيل ، كما لو ملكه بالأداء . وإن كان الوارث هو المكفول عنه برئ الكفيل ، كأنه أدى .

ثانيهما - الإبراء وما هو في معناه : إذا أبرأ الدائن الكفيل أو الأصيل انتهت الكفالة ، غير أنه إذا أبرأ الكفيل لا يبرأ الأصيل ، وإذا أبرأ الأصيل يبرأ الكفيل ؛ لأن الدين على الأصيل لا على الكفيل ، فكان إبراء الأصيل إسقاطاً للدين عن ذمته ، فيسقط حق المطالبة للكفيل بالضرورة ؛ لأنه إذا سقط الأصل سقط الفرع .

أما إبراء الكفيل فهو إبراء عن المطالبة لا عن الدين ، إذ لا دين عليه وليس

(١) البدائع : ١١/٦ وما بعدها ، مختصر الطحاوي : ص ١٠٤ ، الدر المختار : ٢٨٥/٤ ، مجمع الضمانات : ص ٢٧٤ .

من ضرورة إسقاط حق المطالبة عن الكفيل سقوط أصل الدين عن الأصيل ، لأنه إذا سقط الفرع لا يسقط الأصل .

ولو قال الدائن للكفيل أو المدين : « برئت إلي من المال » يبرأ ، لأن هذا إقرار بالقبض والاستيفاء ؛ لأنه جعل نفسه غاية لبراءته^(١) ، وتلك هي براءة القبض والاستيفاء ، ويبرأ الكفيل والأصيل جميعاً ؛ لأن استيفاء الدين يوجب براءتهما جميعاً ، فيرجع الكفيل على الأصيل إذا كانت الكفالة بأمره .

وإذا قال الدائن للكفيل أو للمدين : « برئت من المال » ولم يقل : « إلي » فيبرأ أيضاً عند أبي يوسف مثل الصورة السابقة . فهو إقرار بالقبض ؛ لأن البراءة المضافة إلى المال تستعمل في الأداء عرفاً وعادة فتحمل عليه .

وعند محمد : يبرأ الكفيل دون الأصيل ، مثل قوله : « أبرأتك » لأن البراءة عن المال قد تكون بالأداء ، وقد تكون بالإبراء ، فلا تحمل على الأداء إلا بدليل زائد ، وقد وجد هذا في الصورة السابقة وهي قوله : « إلي » لأن الكلام ينبئ عن معنى الأداء لما ذكرنا ، ولم يوجد هنا .

وإذا أحال الكفيل أو المدين الدائن بمال الكفالة على رجل ، وقبل المحال ، فتنتهي الكفالة ؛ لأن الحوالة مبرئة عن الدين والمطالبة جميعاً .

وكذلك تنتهي الكفالة بالصلح : بأن يصلح الكفيل الدائن على بعض المدعى به ، ويبرأ حينئذ الكفيل والأصيل في حالتين :

إحداهما - أن يقول على أني والمكفول عنه بريئان من الباقي .

والثانية - أن يقول : « صالحتك على كذا » مطلقاً عن شرط البراءة .

(١) أي أن مفاد هذا التركيب براءة من المال مبدؤها من الكفيل ، ومنتهائها صاحب الدين ، وهذا هو معنى الإقرار بالقبض من الكفيل ، فكأنه قال « دفعت إلي » .

ويبرأ الكفيل وحده في حال واحدة وهي أن يقول : « على أي بريء من الباقي »^(١) .

وإذا كانت الكفالة بالنفس فإنها تنتهي بثلاثة أمور^(٢) :

الأول - تسليم النفس^(٣) إلى المطالب بها في موضع يقدر على إحضاره مجلس القاضي ، مثل أن يكون في مصر من الأمصار ؛ لأن الكفيل أتى بما التزمه ، وحصل المقصود من الكفالة بالنفس : وهو إمكان المحاكمة عند القاضي ، وإذا تحقق المقصود تنتهي الكفالة .

فإن سلمه في صحراء أو برية ، لم يبرأ الكفيل ؛ لأنه لا يقدر على المحاكمة فيها ، فلم يحصل المقصود . وكذا إذا سلمه في بلد ليس فيها قاض أو أعوان القاضي ، كالشرطة مثلاً ، لعدم إمكان المحاكمة فيها .

وإن سلمه في السوق أو في المصر ، فإنه يبرأ ؛ لأن المطلوب هو أن يتحقق التسليم في مكان يقدر فيه على إحضاره إلى مجلس القاضي .

وإن شرط على الكفيل أن يسلم المكفول بنفسه في مصر معين ، فسلمه في مصر آخر ، فيبرأ عند أبي حنيفة لوجود القدرة على المحاكمة في المصر المعين . ولا يبرأ عند الصاحبين إلا بتسليمه في المكان المشروط ؛ لأن التقييد بالمصر قد يكون لغرض مفيد ، كأن يكون له شهود فيما عينه دون غيره .

ولو شرط على الكفيل أن يسلم المكفول بنفسه عند الأمير ، فسلمه عند القاضي ، فإنه يبرأ .

(١) المبسوط : ٥٨/٢٠ ، ٩١ ، البدائع ، المرجع السابق : ص ١٢ فتح القدير : ٤١٢/٥ ، مختصر الطحاوي : ص ١٠٥ ، مجمع الضمانات : ص ٢٧٤ .

(٢) البدائع : ١٢/٦ وما بعدها ، المبسوط : ١٦٦/١٩ ، ١٧٥ ، فتح القدير : ٣٩٣/٥ وما بعدها ، ٤١١ ، الدر المختار : ٢٦٧/٤ وما بعدها ، مجمع الضمانات : ص ٢٦٦ ، ٢٧٤ ، الكتاب مع اللباب : ١٥٣/٢ وما بعدها .

(٣) التسليم يتحقق بالتخلية بين المكفول بنفسه والمكفول له .

الثاني - الإبراء : أي أن يبرئ صاحب الحق الكفيل من الكفالة بالنفس فتنتهي الكفالة ؛ لأن مقتضى الكفالة ثبوت حق المطالبة بتسليم النفس ، فإذا أسقط حق المطالبة بالإبراء فينتهي الحق ضرورة .

ولا يبرأ الأصيل في هذه الحالة ؛ لأن الإبراء صدر للكفيل دون الأصيل . فإن صدر الإبراء للأصيل برئاً جميعاً .

الثالث - موت المكفول بنفسه : إذا مات الأصيل المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة ؛ لأنه عجز عن إحضاره ، ولأنه سقط الحضور عن الأصيل ، فيسقط الإحضار عن الكفيل .

وكذلك تنتهي الكفالة إذا مات الكفيل ؛ لأنه لم يبق قادراً على تسليم المكفول بنفسه . وأما ماله فلا يصلح لتنفيذ هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال .

ولومات المكفول له فلا تسقط الكفالة بالنفس كما لا تسقط الكفالة بالمال ؛ لأن الكفيل ما زال قادراً على تنفيذ واجبه ، ويقوم الوصي أو الوارث مقام الميت في المطالبة .

وأما الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها ، فتنتهي بأحد أمرين^(١) :

أحدهما - تسليم العين المضمونة بنفسها إن كانت قائمة ، وتسليم مثلها أو قيمتها إن كانت هالكة .

الثاني - الإبراء : أي إبراء الكفيل من الكفالة ، بأن يقول له : « أبرأتك من الكفالة » فيبرأ ؛ لأن الكفالة حقه ، فيسقط بإسقاطه كالدين ، أو إبراء الأصيل .

(١) البدائع : ١٢/٦ .

المبحث الخامس - رجوع الكفيل على الأصيل :

نتكلم في هذا البحث عن ناحيتين : شرائط الرجوع ، وبيان ما يرجع به ومتى يرجع . أما شرائط الرجوع فهي ما يأتي^(١) :

١- أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه أي بإذنه : فإن لم تكن بأمره لم يرجع بما يؤديه ؛ لأن الكفيل حينئذ يكون متبرعاً بما أدى ولو كان له الرجوع لما صلى النبي ﷺ على الميت بضمان أبي قتادة ، هذا هو مذهب الحنفية والشافعية^(٢) .

وقال الإمام مالك والإمام أحمد في رواية عنه : لا يشترط أن يكون الضمان بإذن المضمون عنه ، لأنه قضاء مبرئ من دين واجب ، فكان من ضمان من هو عليه ، كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه ، كما قال ابن قدامة . وأما أبو قتادة فإنه تبرع بالقضاء والضمان ، إذ أنه قضى دين الميت قصداً لتبرئة ذمته ، ليصلي عليه النبي ﷺ مع علمه بأنه لم يترك وفاء ، والمتبرع لا يرجع بشيء^(٣) .

٢- أن تكون الكفالة بإذن صحيح : أي بإذن شخص أهل لصدور الإقرار على نفسه بالدين ، فلا يعتبر إذن الصبي المحجور عن التصرفات ، وبالتالي لا يحق للكفيل الرجوع عليه بما أداه عنه ؛ لأن العلاقة علاقة استقراض ، واستقراض الصبي لا يتعلق به الضمان .

٣- إضافة الضمان إلى الأصيل بأن يقول للكفيل : ضمن عني ، لأنه إذا لم يضاف إلى نفسه ، فلا يتحقق معنى الإقراض الذي تقوم عليه العلاقة بين الكفيل والأصيل ؛ لأن الكفالة بالنسبة للمكفول عنه استقراض (أي طلب القرض) وبالنسبة للكفيل بعد الأداء إقراض للمكفول عنه ونائب عنه في الأداء إلى المكفول

(١) البدائع ، المرجع السابق : ص ١٣ وما بعدها ، فتح القدير : ٤٠٨/٥ وما بعدها ، المبسوط : ١٧٨/١٩ .

(٢) المهذب : ٣٤١/١ ، مغني المحتاج : ٢٠٩/٢ .

(٣) بداية المجتهد : ٢٩٤/٢ ، المغني : ٤٤٩/٤ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٥ .

له . أما بالنسبة للمكفول له : فهو تمليك ما في ذمة المكفول عنه من الكفيل بما أخذه من المال ، فيرجع عليه بما أقرضه .

٤- ألا يكون للأصيل على الكفيل دين مثل الدين الذي أداه الكفيل ؛ لأنه إذا أدى الدين ، حصلت مقاصة بينهما :

ولو وهب صاحب الدين المال للكفيل يرجع على الأصيل ؛ لأن الهبة في معنى أداء المال . وإذا وهب الدين إلى الأصيل برئ الكفيل ؛ لأن هذا وأداء المال سواء .

ولو مات الدائن فورثه الكفيل يرجع على الأصيل ، ولو ورثه الأصيل يبرأ الكفيل ؛ لأن الإرث من أسباب الملكية ، ومتى ملك الأصيل المال برئ ، فيبرأ الكفيل .

ولو أبرأ الدائن الكفيل لا يرجع على الأصيل ؛ لأن الإبراء إسقاط وهو بالنسبة للكفيل إسقاط حق المطالبة لا غير .

وإذا أبرأ الكفيل الأصيل مما ضمنه عنه بإذنه أو وهبه منه جاز ، فلو أدى الكفيل الدين بعدئذ ، لا يرجع على الأصيل .

ولو قال الدائن للكفيل : « برئت إليّ من المال » يرجع الكفيل على الأصيل باتفاق الحنفية ؛ لأن هذا إقرار بالقبض والاستيفاء ، باعتبار أن اللفظ يستعمل في الأداء ، فيرجع : أي أن هذه البراءة لا تكون إلا بالإيفاء فكان ذلك بمنزلة قوله : « دفعت إليّ المال أو قبضته منك » وهو إقرار بالقبض .

أما إذا قال : « برئت من المال » فهو إقرار بالقبض عند أبي يوسف كأنه قال : « برئت إليّ من المال » لأنه أقر ببراءة خاصة بالكفيل وهو يكون بفعل صادر عنه ، كما إذا قيل : « قتت وقعدت مثلاً » وهذا الفعل هنا هو الإيفاء .

وعند محمد : لا يرجع الكفيل على المكفول عنه ؛ لأن هذا بمنزلة قوله : « أبرأتك

من المال « لأنه يحتمل البراءة بالأداء إليه (أي بالقبض والإبراء) فيثبت القدر الأدنى وهو براءة الكفيل ، وأما الزائد عليه (وهو الأداء) ففيه شك ، فلا يثبت القبض بالشك ، وبالتالي لا يحق للكفيل الرجوع حينئذ على المكفول عنه ، وهذا هو الرأي الأرجح عند الحنفية .

وأما سبب عدم رجوع الكفيل على المكفول عنه في قول الدائن له : « أبرأتك » فهو أن هذا اللفظ يفيد تخصيص البراءة بالكفيل ، ولا يتعدى أثره إلى غيره بإسقاط الدين عن المدين ، فلم يكن هذا اللفظ متضمناً لإقرار الدائن بإيفاء الدين . والفرق بين هذه الصورة وصورة : « برئت من المال » عند أبي يوسف : هو أن البراءة بالإبراء لا تتحقق بفعل الكفيل بل بفعل الدائن ، فلا يكون الفعل حينئذ منسوباً إلى الكفيل^(١) .

والخلاصة : أن الراجح عند الحنفية هو أن الكفيل لا يرجع على الأصيل في قول الدائن للكفيل : « برئت » بدون إلي أو « أبرأتك » لأنه إبراء لا إقرار بالقبض .

رجوع الكفيل على الأصيل حالة تعدد الكفلاء : إذا كفل رجلان رجلاً بألف ليرة مثلاً ، ولم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه ، فأدى أحدهما ما عليه ، فلا يرجع على صاحبه بشيء مما أدى ؛ لأنه أدى عن نفسه لا عن صاحبه ، ولكنه يرجع على الأصيل ؛ لأنه كفيل عنه بأمره .

فإن كفل واحد منهما عن صاحبه بما عليه ، فالقول قول الكفيل فيما أدى أنه من كفالة الكفيل الآخر ، أو من كفالة نفسه ؛ لأنه لزمه المطالبة بالمال من وجهين :

أحدهما - من جهة كفالة نفسه عن الأصيل .

والثاني - من جهة الكفالة عن صاحبه . وليس أحد الوجهين أولى من الآخر ، فكان له ولاية الأداء عن أيهما شاء .

(١) المبسوط : ٩٣/٢٠ ، فتح القدير : ٤١٣/٥ ، رد المحتار على الدر المختار : ٢٨٧/٤ وما بعدها .

وإذا كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه ، فما أدى كل واحد منهما ، يكون عن نفسه إلى نصف المكفول به : وهو خمسمائة ليرة في مثالنا . ولا يقبل قوله فيه أنه أدى عن شريكه لا عن نفسه ، بل يكون عن نفسه إلى هذا القدر ، فلا يرجع على شريكه . كما لا يقبل قوله أيضاً حين الأداء أنه يؤدي عن شريكه لا عن نفسه .

ولا يرجع على شريكه ما لم يزد المؤدى عن نصف المكفول به وهو خمسمائة في مثالنا ، فإن زاد على خمسمائة يرجع بالزيادة إن شاء على شريكه ، وإن شاء على الأصيل .

وهذه القاعدة تنطبق أيضاً في فروع أخرى منها : لو اشترى رجلان شيئاً بألف ليرة ، وكفل كل واحد منهما عن صاحبه بحصته من الثمن ، فما أدى أحدهما يقع عن نفسه ، ولا يرجع على شريكه حتى يزيد على النصف .

ومنها : أن الشريكين شركة مفاوضة إذا افترقا وعليهما دين ، فلصاحب الدين أن يطالب كل واحد منهما ، وأيهما أدى شيئاً لا يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على النصف^(١) .

وأما ما يرجع به الكفيل على الأصيل : فهو أنه يرجع عند الحنفية بما ضمن ، لا بما أداه ؛ لأنه بالأداء ملك ما في ذمة الأصيل ، فيرجع بما تمت الكفالة عليه . فلو كانت الكفالة على شيء جيد ، فأدى ما هو أدون منه ، فإنه يرجع على الأصيل بالجيد .

وكذلك إذا كفل ديناً تقديماً ، فأدى عنه مكيلاً أو موزوناً أو عروض تجارة ، فإنه يرجع بما كفل ، لا بما أدى .

وهذا بخلاف الوكيل بقضاء الدين ، فإنه يرجع على الموكل بما أدى لا بالدين ،

(١) . البدائع : ١٤/٦ وما بعدها ، فتح القدير : ٤٣٧/٥ وما بعدها ، المبسوط : ٣٤/٢٠ ، الدر المختار : ٢٩٨/٤ .

لأنه بالأداء ما ملك الدين ، بل أقرض ما أداه الموكل ، فيرجع عليه بما أقرضه . أما في حالة الصلح على بعض الدين فإنه يرجع بما صالح به ، لا بكل الدين ، لأنه بأداء البعض لم يملك ما في ذمة الأصيل وهو كل الدين ، إذ لا يمكن اعتبار الصلح تمليكاً ؛ لأنه يؤدي إلى الربا^(١) .

وقال المالكية والشافعية في الأصح عندهم : يرجع الكفيل بما غرم (أي بما أدى فعلاً) لأنه هو الشيء الذي بذله . وكذلك في حالة الصلح أو الإبراء من بعض الدين يرجع الكفيل بما أدى^(٢) .

وقال الحنابلة : يرجع الكفيل على الأصيل بأقل الأمرين مما قضى أو قدر الدين ؛ لأنه إن كان الأقل هو الدين ، فالزائد لم يكن واجباً ، فهو متبرع بأدائه . وإن كان المقضي أقل فإنما يرجع بما غرم^(٣) ، فيكون مذهبهم كالمالكية والشافعية .

متى يرجع الكفيل على الأصيل ؟ ليس للكفيل أن يطالب الأصيل (المكفول عنه) بالمال الذي كفله عنه قبل أن يؤديه عنه ؛ لأنه لا يملكه قبل الأداء ، بخلاف الوكيل بالشراء ، حيث يرجع قبل الأداء كما بينا سابقاً ؛ لأنه بمنزلة البائع . فإن لوزم الكفيل بالمال المكفول به ، كان له أن يلزم الأصيل المكفول عنه . وإن حبس به ، كان له أن يجبسه ، حتى يخلصه ؛ لأنه لم يلحقه من سوء ما لحقه ، إلا بسببه ، فيجازى بمثله^(٤) .

(١) البدائع ، المرجع السابق : ص ١٥ .

(٢) الشرح الكبير للدردير : ٣/٣٤٦ ، مغني المحتاج : ٢/٢٠٩ وما بعدها .

(٣) المغني : ٤/٥٥١ .

(٤) الكتاب مع اللباب : ٢/١٥٧ .

ملحق - أخذ الأجر على الكفالة في الوقت الحاضر :

الكفالة عقد تبرع ، وطاعة يثاب عليها الكفيل ؛ لأنها تعاون على الخير ، وللكفيل الرجوع على المكفول عنه بما تحمله من مسؤولية الضمان إذا دفعه لصالح الجهة المكفول لها . والأولى أن تتم تبرعاً بدون مقابل ، فذلك أبعد عن الشبهة . ولو قام المكفول له بتقديم شيء من المال للكفيل هبة أو هدية ، جاز ، جزاء المعروف الذي أسداه له الكفيل . لكن إن شرط الكفيل تقديم مقابل أو أجر على كفالاته ، وتعذر على المكفول عنه تحقيق مصلحته من طريق المحسنين المتبرعين ، جاز دفع الأجر للضرورة أو الحاجة العامة ، لما يترتب على عدم الدفع من تعطيل المصالح كالسفر للخارج للدراسة أو للارتزاق ، أو لتأجيل الجندية ونحوها ، وأساس القول بالجواز فيه : أن الفقهاء أجازوا دفع الأجر للحاجة لأداء القربات والطاعة من تعليم قرآن وممارسة الشعائر الدينية ، كما أنهم أجازوا دفع شيء من المال على سبيل الرشوة للوصول إلى الحق أو دفع الظلم ، أو الدفع لعدو لدرء خطره وضرره عن البلاد . والمكفول عنه يحقق بالكفالة منفعة له تتعين الكفالة المأجورة سبيلاً إليها ، لكن يجب عدم الاستغلال أو المغالاة في اشتراط المقابل ، مراعاة لأصل مشروعية الكفالة وهو التبرع .

الفصل الحادي عشر

الحوالة

خطة الموضوع :

تتكم عن عقد الحوالة في المباحث الآتية :

المبحث الأول - تعريف الحوالة ومشروعيتها وركنها وصيغتها .

المبحث الثاني - شروط الحوالة .

المبحث الثالث - أحكام الحوالة .

المبحث الرابع - انتهاء الحوالة .

المبحث الخامس - رجوع المحال عليه على المحيل .

ونبدأ الكلام عن :

المبحث الأول - تعريف الحوالة ومشروعيتها وركنها وصيغتها :

تعريف الحوالة : الحوالة في اللغة : الانتقال ، يقال : حال عن العهد : أي

انتقل عنه وتغير . وفي الاصطلاح عند الحنفية : نقل المطالبة من ذمة المدين إلى ذمة

الملتزم ، بخلاف الكفالة ، فإنها ضم في المطالبة لا نقل ، فلا يطالب المدين بعد الحوالة

بالاتفاق . وهل ينتقل الدين أم لا ؟ اختلف أئمة الحنفية فيه ، والصحيح أنه ينتقل كما

سيأتي بيانه . لذا عرف صاحب العناية الحوالة بقوله : الحوالة في اصطلاح الفقهاء : تحويل الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة المحال عليه على سبيل التوثق به ^(١) .

وعرفها غير الحنفية بأنها عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة ^(٢) .

مشروعيتها : الحوالة بالدين جائزة بالسنة والإجماع استثناء من منع التصرف في الدين بالدين .

أما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم : « مَطَّلُ الْغَنِيِّ ظَلَمٌ ، وَإِذَا اتَّبَعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مِليءٍ ^(٣) فَلْيَتَّبِعْ » ^(٤) : أي فليحتل ، كما رواه البيهقي . وفي رواية الطبراني في معجمه الوسط : « ومن أحيل على مليء فليتبّع » وفي رواية أحمد وابن أبي شيبه : « ومن أحيل على مليء فليحتل » وقد يروى : « فإذا أحيل » . وجمهور العلماء على أن الأمر المذكور أمر استحباب فلا يجب قبول الحوالة . وقال داود وأحمد : الأمر للوجوب ، فيجب على المحال قبول الحوالة ^(٥) .

وأما الإجماع : فقد أجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة ^(٦) . فهي عقد جائز

(١) فتح القدير مع العناية : ٤٤٣/٥ ، وانظر الدر المختار أيضاً : ٣٠٠/٤ ، مجمع الضمانات : ص ٢٨٢ .

(٢) الشرح الكبير : ٣٢٥/٣ ، معني المحتاج : ١٩٣/٢ ، المغني : ٥٢٨/٤ ، غاية المنتهى : ١١٤/٢ ، كشاف القناع : ٣٧٠/٣ .

(٣) المطل بالدين : الماطلة به ، من مطلت الحديدية : إذا ضربتها ومددتها لتطول . والمليء : الغني ، وأصله الواسع الطويل .

(٤) رواه أحمد وأصحاب الكتب الستة وابن أبي شيبه والطبراني في معجمه الوسط عن أبي هريرة ، ورواه أيضاً أحمد وابن ماجه والترمذي عن ابن عمر بلفظ : « مَطَّلُ الْغَنِيِّ ظَلَمٌ ، وَإِذَا أَحَلَّتْ عَلَى مِليءٍ فَاتَّبِعْهُ » ورواه أيضاً البزار عن جابر بلفظ : « مَطَّلُ الْغَنِيِّ ظَلَمٌ ، فَإِذَا اتَّبَعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مِليءٍ فَلْيَتَّبِعْ » وفيه ضعيف . (راجع نصب الرأية : ٥٩/٤ ، التلخيص الحبير : ص ٢٥٠ ، مجمع الزوائد : ١٣٠/٤ ، سبل السلام : ٦١/٣ ، نيل الأوطار : ٢٣٦/٥) . وكلمة « فليتبّع » الأكثر على التخفيف ، وقيد بعضهم بالتشديد ، والأول أجود ، والمعنى : إذا أحيل فليحتل ، أي فليقبل الحوالة .

(٥) سبل السلام : ٦١/٣ ، المغني : ٥٢٧/٤ ، الميزان للشعراني : ٨٠/٢ .

(٦) انظر المغني : ٥٢١/٤ ، المهذب : ٣٣٧/١ ، معني المحتاج : ١٩٣/٢ ، بداية المجتهد : ٢٩٤/٢ ، فتح القدير : ٤٤٤/٥ .

في الديون دون الأعيان؛ لأنها تنبئ عن النقل، والتحويل يكون في الدين لا في العين، أي أن النقل الحكمي لا يكون في العين فلا تصح فيها الحوالة.

ركن الحوالة: ركن الحوالة عند الحنفية: الإيجاب من المحيل، والقبول من المحال والمحال عليه، بألفاظ مخصوصة هي صيغة الحوالة. فالإيجاب: أن يقول المحيل للدائن: أحلتك على فلان. والقبول من المحال والمحال عليه: أن يقول كل واحد منهما: قبلت أو رضيت أو نحوها. والسبب في أنه لا بد من رضا المحال عليه عند الحنفية: هو أن الحوالة تصرف على المحال عليه بنقل الحق إلى ذمته، فلا يتم إلا بقبوله ورضاه، إذ أنه الذي يلزمه الدين، ولا لزوم إلا بالتزامه، وكونه مديناً للمحيل لا يمنع من تغير صفة الالتزام؛ لأن الناس يتفاوتون في اقتضاء الدين سهولة ويسراً، أو صعوبة وعسراً.

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 يوافيه.

وأما المحيل فقد شرط القدوري رضاه؛ لأن ذوي المروءات قد يأثفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين، وذكر في الزيادات وهو الرأي المختار عند بعضهم: أن الحوالة تصح بدون رضاه؛ لأن التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه، والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه^(١).

وقال الحنابلة والظاهرية: يشترط رضا المحيل فقط، وأما المحال والمحال عليه فيلزمها قبول الحوالة؛ لأن الأمر في الحديث عندهم للوجوب كما عرفنا، ولا يعتبر رضاها^(٢)، بعكس الحنفية تماماً، واكتفى الحنابلة باشتراط علم المحال به والمحال عليه.

(١) البدائع: ١٥٢/٦ وما بعدها، فتح القدير: المرجع السابق: مع العناية بهامشه، مختصر الطحاوي: ص ١٠٢، رد المختار: ٣٠١/٤ وما بعدها.

(٢) المغني: ٥٢٢/٤، ٥٢٥، ٥٢٧، غاية المنتهى: ١١٤/٢، كشاف القناع: ٣٧٤/٣.

والسبب في عدم اشتراط رضا المحال عليه هو أن للمحيل أن يستوفي الحق بنفسه وبوكيله ، وقد أقام المحال مقام نفسه في القبض ، فلزم المحال عليه الدفع إليه كالوكيل .

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 . وأما المحال فلا يجب عليه الرضا بالحوالة ؛ لأن الأمر في الحديث الوارد بمشروعية الحوالة للاستحباب ، فلا يلزم المحال قبول الإحالة .

ولا يشترط 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 ، ويخالف المحال عليه المحال بأن الحق له فلا ينقل بغير رضاه كالبياع ، أما المحال عليه فالحق عليه ، فلا يعتبر رضاه ، كالشيء المبيع^(١) .

يفهم مما سبق أن للحوالة عند الجمهور غير الحنفية أركاناً أو عناصر ستة تقوم عليها وهي : محيل وهو المدين ، ومحال ويسمى أيضاً محتالاً وحويلاً وهو رب الدين أو الدائن ، ومحال عليه أو محتال عليه وهو الذي التزم الدين للمحال ، ومحال أو محتال به : وهو نفس الدين الذي للمحال على المحيل ، ودين للمحيل على المحال عليه ، وصيغة^(٢) .

المبحث الثاني - شروط الحوالة :

يشترط لصحة الحوالة عند الحنفية شروط تتعلق إما بالمحيل ، أو بالمحال ، أو بالمحال عليه ، أو بالمحال به .

(١) بداية المجتهد : ٢٩٤/٢ ، الشرح الكبير : ٣٢٥/٣ ، المهذب : ٣٣٨/١ ، مغني المحتاج : ١٩٣/٢ وما بعدها .

(٢) راجع مغني المحتاج ، المرجع السابق ، فتح القدير : ٤٤٣/٥ .

شروط المحيل : يشترط في المحيل شرطان :

أولاً- أن يكون أهلاً للعقد بأن يكون عاقلاً بالغاً ، فلا تصح حوالة المجنون والصبي الذي لا يعقل ، لأن العقل شرط لممارسة أي تصرف .
ولا تنفذ حوالة الصبي المميز ، وإنما تتوقف على إجازة وليه ، فالبلوغ إذا شرط نفاذ لا انعقاد .

ثانياً- رضا المحيل : فلو كان مكرهاً على الحوالة لا تصح ؛ لأن الحوالة إبراء فيها معنى التملك ، فتفسد بالإكراه كسائر التملكيات^(١) . ووافقهم المالكية والشافعية والحنابلة في هذا الشرط .

وقال ابن كمال في الإيضاح : وأما رضا المحيل فإنما يشترط للرجوع عليه .

شروط المحال : يشترط في المحال شروط ثلاثة :

أولاً- أن يكون أهلاً للعقد كالشرط في المحيل بأن يكون عاقلاً ؛ لأن قبوله ركن في العقد ، وغير العاقل ليس من أهل القبول . وبأن يكون بالغاً وهو شرط نفاذ لا شرط انعقاد كما بينا ، فإذا كان المحال غير بالغ ، فيحتاج في الحوالة لإجازة وليه .

ثانياً- الرضا : فلا تصح الحوالة إذا كان المحال مكرهاً ، لما ذكرنا ، ووافقهم المالكية والشافعية في هذا الشرط .

ثالثاً- أن يتم قبوله في مجلس الحوالة : وهذا شرط انعقاد عند أبي حنيفة ومحمد ، فلو كان المحال غائباً عن المجلس ، فبلغه الخبر ، فأجاز ، لا ينفذ عندهما . وعند أبي يوسف : هذا شرط نفاذ . قال الكاساني : والصحيح قولهما ؛ لأن قبول المحال أحد أركان الحوالة^(٢) .

(١) البدائع : ١٦/٦ ، مجمع الضمانات : ص ٢٨٢ .

(٢) المرجعان السابقان .

شروط المحال عليه : يشترط في المحال عليه شروط ثلاثة هي نفس شروط

المحال :

أولاً- أن يكون أهلاً للعقد ، بأن يكون عاقلاً بالغاً ، فلا تصح الحوالة على الصبي والمجنون ، إلا أن البلوغ يعتبر هنا شرط انعقاد ، فلا يصح من الصبي قبول الحوالة أصلاً .

ثانياً- الرضا : فلو أكره على قبول الحوالة ، لا يصح العقد ، ولم يشترط المالكية رضا المحال عليه .

ثالثاً- أن يتم قبوله في مجلس العقد ، وهو شرط انعقاد عند أبي حنيفة ومحمد^(١) .

شروط المحال به : يشترط باتفاق العلماء شرطان في المحال به وهما^(٢) :

أولاً- أن يكون ديناً : أي أن يكون هناك دين للمحال على المحيل . فإن لم يكن هناك دين ، فيكون العقد وكالة تثبت فيها أحكامها ، وليس حوالة . ويترتب عليه أنه لا تصح الحوالة بالأعيان القائمة ؛ لأنها لا تثبت في الذمة .

ثانياً- أن يكون الدين لازماً : فلا تصح الحوالة - في الماضي - على المكاتب بيدل الكتابة ؛ لأنه دين غير لازم ؛ لأن السيد لا يجب له على عبده دين . وفي الجملة : إن كل دين لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به .

كذلك لا تصح الحوالة إذا كان دين المحيل في ذمة المحال عليه غير لازم كدين صبي وسفيه بغير إذن ولي ، فلا تصح الإحالة عليها لعدم لزوم هذا الدين ؛ لأن لولي الصغير والسفيه طرح الدين عنهما وإسقاطه .

(١) البدائع ، المرجع السابق .

(٢) البدائع : ١٦/٦ ، بداية المجتهد : ٢٩٥/٢ ، الشرح الكبير : ٣٣٥/٣ وما بعدها ، مغني المحتاج : ١٩٤/٢ ، المهذب :

٢٣٧/١ ، المغني : ٥٣٣/٤ .

ومثله أيضاً ثمن سلعة مبيعة بالخيار قبل لزومه ؛ لأنه يعد ديناً غير لازم .
وأما وجوب الدين على المحال عليه للمحيل قبل الحوالة ، فليس بشرط عند
الحنفية لصحة الحوالة ، فإن الحوالة تصح سواء أكان للمحيل على المحال عليه دين أم لم
يكن ، وسواء أكانت الحوالة مطلقة أم مقيدة .

واشترط المالكية^(١) في المحال به ثلاثة شروط :

الأول - أن يكون الدين المحال به قد حلَّ .

الثاني - أن يكون الدين المحال به مساوياً للمحال عليه في الصفة والمقدار ، فلا
يجوز أن يكون أحدهما أقل أو أكثر أو أدنى أو أعلى ؛ لأنه يخرج عن الإحالة إلى البيع ،
فيدخله الدين بالدين .

الثالث - ألا يكون الدينان أو أحدهما طعاماً من سلم ؛ لأنه من بيع الطعام قبل
قبضه .

نوعا الحوالة عند الحنفية : الحوالة نوعان : مطلقة ومقيدة .

فالمطلقة : أن يحيل شخص غيره بالدين على فلان ، ولا يقيده بالدين الذي
عليه ، ويقبل الرجل المحال عليه . ولم يقل بجوازها غير الحنفية ، ووافقهم فيها الشيعة
الإمامية والزيدية على الراجح عندهم . والحوالة المطلقة في المذاهب الثلاثة غير
الحنفية حيث لا يكون للمدين دين في ذمة المحال عليه تعد كفالة محضة ، ولا بد فيها
من رضا الأطراف الثلاثة بها (وهم الدائن والمدين والمحال عليه جميعاً) .

والمقيدة : أن يحيله ويقيده بالدين الذي له عليه . وهذه هي الحوالة الجائزة

باتفاق العلماء^(١).

وكلا النوعين جائز لقوله عليه الصلاة والسلام: «من أحيى على مليء فليتبع»
إلا أن الحوالة المطلقة تختلف عن الحوالة المقيدة في بعض الأحكام كما يأتي^(٢).

١- إذا كانت الحوالة مطلقة ولم يكن للمحيل على المحال عليه دين، فإن المحال يطالب المحال عليه بدين الحوالة فقط.

وإن كان له عليه دين، ولم يقيد الحوالة به بأن لم يقل: «أحيى عليك بما لي عليك» أو «على أن تعطيه مما عليك» وقبل المحال عليه، فإن المحال يطالب بدينين: دين الحوالة ودين المحيل، فالمحال يطالب بدين الحوالة، والمحيل يطالب بالدين الذي له عليه، كما إذا كان عند رجل ألف ليرة وديعة، فأحال شخصاً عليه بألف ليرة، ولم يقيد بالألف الوديعة، فقبله، فلمحيل أن يأخذ الوديعة، وعلى المحال عليه أداء الألف بالحوالة.

فأما إذا قيد الحوالة بالدين الذي له عليه، فليس للمحيل أن يطالبه بالأداء إليه؛ لأنه قيد الحوالة بهذا الدين، فيقيد به، أي يتعلق به حق المحال، ويكون هذا الدين، بمنزلة الرهن عنده، وإن لم يكن رهناً حقيقة، فإذا أدى المال تقع المقاصة بين المحال عليه والمحيل.

٢- إذا كانت الحوالة مقيدة وظهرت براءة المحال عليه من الدين الذي قيدت به

(١) وهي في رأي القانوني الدكتور السنهوري أقرب إلى أن تكون طريقاً من طرق الوفاء بالدين، من أن تكون حوالة بالمعنى الدقيق بالفقه القانوني (الوسيط: ف ٢٤٠)، ويرى السنهوري أيضاً أن الفقه الإسلامي لم يقر حوالة الدين بالمعنى المفهوم في الفقه الغربي في أي مذهب من مذاهبه. وقد أقر حوالة الحق بشروط معينة في أحد مذاهبه وهو مذهب مالك، دون المذاهب الأخرى عن طريق هبة الدين أو بيع الدين لغير المدين (الوسيط: ف ٢٤٠).

(٢) راجع البدائع: ١٦/٦ وما بعدها، الدر المختار ورد المختار: ٣٠٦/٤، مجمع الضمانات: ص ٢٨٣.

الحوالة ، بأن كان الدين ثمن مبيع فاستحق المبيع ، تبطل الحوالة ؛ لأنه لما قيد الحوالة بالدين فقد تعلق الدين بالحوالة ، فإذا ظهر أنه لا دين ، فقد ظهر أنه لا حوالة .

أما إذا كانت الحوالة مطلقة وظهرت براءة المحال عليه من الدين ، فإنها لا تبطل ؛ لأن الدين لم يتعلق بالحوالة ، وإنما تعلق بالذمة ، فلا يظهر أن الحوالة كانت باطلة .

٣- إذا كان الحوالة مقيدة ثم مات المحيل قبل أن يؤدي المحال عليه الدين إلى المحال ، وكان على المحيل ديون أخرى غير دين المحال ، وليس له مال سوى هذا الدين الذي على المحال عليه ، فإنه لا يكون المحال أحق به من بين سائر الغرماء (أي الدائنين) عند أئمة الحنفية الثلاثة . وعند زفر: يكون أحق به من بين سائر الغرماء كالرهن . ورد عليه بأن هناك فرقاً بين الحوالة والرهن وهو أن المرتهن يتحمل وحده غرم الرهن ، فيختص بغنمه أخذاً بالحديث : « الخراج بالضمان »^(١) أي أن الغنم بالغرم ، أما المحال فلم يختص بتحمل غرم المال ، فلا يكون له الحق في أن يختص بالغنم ، وحينئذ يكون له الحق في مقاسمة الغرماء فقط .

أما إذا كانت الحوالة مطلقة : فإنه يؤخذ من المحال عليه جميع الدين الذي عليه ، ويقسم بين غرماء المحيل ، ولا يدخل المحال في تلك المقاسمة ؛ لأن الحوالة لم تتعلق بالدين ، ولأن حق المحال ثبت عند المحال عليه فقط .

حوالة الحق : هي نقل الحق من دائن إلى دائن ، أو بتعبير آخر : حلول دائن

(١) أخرجه أحمد والشافعي وأبو داود الطيالسي ، وأصحاب السنن الأربعة وصححه الترمذي وابن حبان وابن الجارود والحاكم وابن القطان عن عائشة أن النبي ﷺ قضى أن «الخراج بالضمان» الخراج : هو الدخل والمنفعة أي يملك المشتري الخراج الحاصل من المبيع بضمان الأصل الذي عليه أي بسببه ، فالبراءة للسببية . وفي رواية النسائي : أن رسول الله ﷺ قضى أن «الخراج بالضمان ، ونهى عن ربح ما لم يضمن» وفي رواية : «أن رجلاً ابتاع غلاماً فاستغله ، ثم وجد به عيباً فرده بالعيب ، فقال البائع : غلة عبدي ، فقال النبي ﷺ : الغلة بالضمان» وهناك لفظ آخر لهذه الرواية (انظر جامع الأصول : ٢٨/٢ - ٢٢ ، نيل الأوطار : ٢١٢/٥) .

محل دائن بالنسبة إلى المدين . فإذا تبدل دائن بدائن في حق مالي متعلق بالذمة ، لا بعين ، كانت الحوالة حوالة حق . والدائن فيها هو المحيل ، إذ هو يحيل غيره ليستوفي حقه .

وهي تقابل حوالة الدين : وهي تبدل المدين بالنسبة إلى الدائن أي تبديل مدين بمدين ، والمحيل فيها : هو المدين ، إذ هو إنما يحيل على غيره لوفاء دينه . وهي مشروعة باتفاق العلماء كما بينا .

وحوالة الحق جائزة أيضاً باتفاق المذاهب الأربعة ، وليس فقط عند غير الحنفية ، كما فهم بعض أساتذة الشريعة ، والقانون ؛ لأن الحوالة المقيدة المشروعة عند الحنفية تتضمن حوالة حق ، إذ يكون الإنسان فيها مديناً لشخص ودائناً لآخر ، فيحيل دائنه على مدينه ، ليقبض الدائن المحال دين المحيل من مدينه المحال عليه ، فهي حوالة حق وحوالة دين في وقت واحد .

وقد عرفنا أن غير الحنفية لا يجيزون إلا الحوالة المقيدة ، فهي الحوالة إطلاقاً ، ويشترط في المقيدة عندهم تساوي الدين المحال به والدين المحال عليه في الصفة والمقدار ، فإن تساويا جنساً وقدرًا صحت الحوالة ، وإن اختلفا في شيء مما ذكر لم تصح الحوالة .

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 المرتهن 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 في الغنمية المحرزة على الإمام . ففي كل هذه الأمثلة

حل دائن جديد - وهو المحال - محل الدائن الأصلي وهو البائع ، أو المرتهن أو الزوحة ، أو مستحق غلة الوقف ، أو الغانم .

ومنشأ اللبس في فهم مذهب الحنفية حول حوالة الحق راجع إلى أن الحنفية لا يرون الحوالة نوعاً من البيع تجري فيها كل أحكامه ، بل هي عندهم عقد مستقل شرع لغاية معينة يحتاج إليه التعامل ، وليس فرعاً من غيره ، ولكن فيه تشابه مع عقود وتصرفات أخرى في بعض النواحي ، فالحوالة تشبه البيع (بيع الدين أو الحق) وليست ببيع ، وتشبه الكفالة وليست بكفالة ، وتشبه قبض الدين وليست قبضاً ، وتشبه الوكالة بالقبض أو بالأداء وليست بوكالة ، وتشبه ما يسمى بلغة العصر اليوم فتح الاعتماد ، وليست به ، وفيها بعض سمات التبرع ، وبعض سمات المعاوضة إلخ ... وقد أخذت الحوالة أحكاماً متنوعة تتناسب مع تلك المشابهات العديدة فيها .

وإذا كان الحنفية لا يجيزون تمليك أو بيع الدين لغير من عليه الدين ، فلا يعني أنهم ينكرون حوالة الحق ، إذ أن تبدل دائن بدائن ، لا يفيد عندهم تمليك الدين لغير من هو عليه ؛ لأن مقتضى الحوالة هو نقل الدين أو نقل المطالبة به إلى المحل الجديد ، نقلاً مؤقتاً بعدم التوى (أي موت المحال عليه أو إفلاسه أو جحوده الحوالة) لا تمليكه ، وإنما يملك المحال ما يقبضه وفاءً به بعد تنفيذ الحوالة بالقبض ، وبذلك تكون الحوالة عندهم غير البيع .

أما غير الحنفية الذين يجيزون حوالة الحق فمستندهم هو إطلاق الترخيص الشرعي الثابت في شأن الحوالة ، سواء بعدئذ أكانت بيع دين بدين أم لم يكن .

إذ أن هؤلاء مختلفون في مسألة بيع الدين بالدين أو هبته لغير من هو عليه ، فالمالكية والشافعية يجيزونه بشروط ، مثل شرط قبض العوض أو تعيينه في مجلس البيع وأن يكون الدين المبيع غير طعام ، وأن يكون الثمن من غير جنس المبيع ، وأن يقع البيع لغير خصم المدين ، حتى لا يكون في البيع إعنات للمدين بتكين خصمه منه . فليست حوالة الحق عندهم بيع دين بدين .

والحنابلة : لا يجيزونه .

والخلاصة : أن الحوالة عند الفقهاء المسلمين ليست بيعاً ، وإنما هي عقد خاص ، يفترق عن البيع في شرائطه ونتائجه^(١) . والمالكية والشافعية الذين يجيزون هبة الدين أو بيع الدين لغير المدين تظهر عندهم حوالة الحق في هذين العقدين بنحو كامل واضح . لكن بشرط تحقيق شروط الهبة كالإذن بالقبض ، وشروط بيع الدين .

المبحث الثالث - أحكام الحوالة

يترتب على الحوالة أحكام^(٢) :

أولاً - براءة المحيل : إذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل من الدين عند جماهير الفقهاء . ولا تنتقل تأمينات الدين من رهن أو كفالة ، بل تنقضي .

وقال الحسن البصري : لا يبرأ المحيل إلا بالإبراء .

وقال زفر من الحنفية : الحوالة لا توجب براءة المحيل ، ويبقى الحق في ذمته بعد الحوالة على ما كان عليه قبلها ، وقاس الحكم على الكفالة ، إذ كل واحد منها عقد توثق .

وهذا ليس بصحيح ؛ لأن الحوالة مشتقة من التحويل وهو نقل الحق فكان معنى الانتقال لازماً فيها ، والشيء إذا انتقل إلى موضع لا يبقى في المحل الأول ، ومعنى التوثق يحصل بسهولة التوصل إلى الحق باختيار الأكثر ملاءة والأحسن قضاء .

أما الكفالة : فهي مشتقة من الضم أي ضم ذمة إلى ذمة ، فعلق على كل من الكفالة والحوالة مقتضاه ، وما دل عليه لفظه ؛ لأن أحكام العقود الشرعية تنزل على

(١) راجع الموسوعة الفقهية في الكويت - بحث الحوالة : ص ٩٥ - ١٠٠ ، مدخل نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي للأستاذ الزرقاء : ص ٦٤ وما بعدها .

(٢) البدائع : ١٧/٦ وما بعدها ، الكتاب مع اللباب : ١٦٠/٢ .

وفق المعاني اللغوية^(١) .

واختلف أئمة الحنفية في كيفية النقل الذي يتم بالحوالة : فقال أبو حنيفة وأبو يوسف : إنها نقل المطالبة والدين جميعاً من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه ، ولكن الدين يعود إلى ذمة المدين إذا توي عند المحال عليه (والتوى : هو الموت مفلساً ، وجحود الحوالة ولا بينة ، وزاد الصحابان : الإفلاس وهو حي) . فلو أبرأ الدائن المحال عليه من الدين ، صح الإبراء ، ولو أبرأ المدين لا يصح ، وقال محمد : إنها تقل المطالبة وحدها دون الدين ، فأصل الدين باق في ذمة المحيل . وقد استدل كل منهم بأدلة يظهر منها أن أدلة الفريق الأول أرجح بدليل أنه لو أبرئ المحيل من الدين أو وهب الدين له لا يصح التصرف ؛ لأن الدين انتقل إلى ذمة المحال عليه ، وفرغت ذمة المحيل من الدين ، وبدليل أن الحوالة يترتب عليها النقل ؛ لأنها مشتقة من التحويل وهو النقل ، فتقتضي نقل ما أضيفت إليه وهو الدين ، لا المطالبة فقط .

وعند زفر كما بينا : لا ينتقل الدين ولا المطالبة إلى ذمة المحال عليه ، بل تضم ذمة المحال عليه إلى ذمة المدين في المطالبة فيكون المحال عليه كفيلاً للمدين .

ثانياً - ثبوت ولاية المطالبة للمحال على المحال عليه بدين في ذمته ؛ لأن الحوالة اقتضت النقل إلى ذمة المحال عليه بدين في ذمته ، وهو نقل الدين والمطالبة جميعاً كما رجحنا .

ثالثاً - ثبوت حق الملازمة للمحال عليه على المحيل إذا لازمه المحال فكلما لازمه المحال ، فله أن يلازم المحيل ليتخلص من ملازمة المحال ، وإذا حبسه له أن يجبسه إذا كانت الحوالة بأمر المحيل ، ولم يكن على المحال عليه دين يماثله للمحيل ، أي أن الحوالة

(١) راجع البدائع : ١٧/٦ ، فتح القدير : ٤٤٥/٥ وما بعدها ، مختصر الطحاوي : ص ١٠٢ ، الدر المختار : ٣٠٠/٤ .

الشرح الكبير : ٣٢٨/٣ ، مغني المحتاج : ١٩٥/٢ ، المهذب : ٣٢٨/١ ، المغني : ٥٢٥/٤ .

مطلقة . أما إذا كانت الحوالة بغير أمره ، أو كانت بأمره ولكن للمحيل على المحال عليه دين مثله ، أي أن الحوالة مقيدة ، فليس للمحال عليه أن يلزم المحيل إذا لوزم ، ولا أن يجبسه إذا حبس .

المبحث الرابع - انتهاء الحوالة

تنتهي الحوالة بأمور^(١) :

١ - فسخ الحوالة : إذا فسخت الحوالة يعود الحق للمحال في أن يطالب المحيل . والفسخ في اصطلاح الفقهاء : هو إنهاء العقد قبل أن يبلغ غايته .

٢ - أن يتوى^(٢) حق المحال يموت أو إفلاس أو غيره : وهو مذهب الحنفية بدليل ما روي عن سيدنا عثمان رضي الله عنه أنه قال في المحال عليه : « إذا مات مفلساً عاد الدين إلى ذمة المحيل » ، ولأن الحوالة مقيدة بسلامة حق المحال له ، لأنه هو المقصود ، فصار كوصف السلامة في المبيع .

والتوى عند أبي حنيفة بأحد أمرين : إما أن يموت المحال عليه مفلساً أو أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة للمحال ؛ لأن العجز عن الوصول إلى الحق يتحقق بكل واحد منهما ، وهو التوى في الحقيقة .

وقال الصحابان : يتحقق التوى بوجه ثالث : وهو أن يفلس المحال عليه حال حياته ، ويقضي القاضي بإفلاسه حال حياته . وهذا مبني على قاعدة أخرى مختلف فيها بين الإمام وصاحبيه : وهي أن القاضي يقضي بالإفلاس حال الحياة عندهما ، وعنده : لا يقضي به لأن مال الله غاد ورائح .

(١) البدائع : ١٨/٦ وما بعدها ، فتح القدير : ٤٤٧/٥ ، المبسوط : ٥٢/٢٠ ، الدر المختار : ٢٠٤/٤ ، جمع الضمانات : ص ٢٨٢ .

(٢) التوى في اللغة : الهلاك والتلف . يقال توى بوزن علم يتوى توى ، وفي الاصطلاح كما سنذكر عن أئمة الحنفية : هو تعذر تحصيل الدين بسبب لا دخل للمحال فيه كإفلاس المحال عليه مثلاً .

وإذا تحقق التوى يرجع صاحب الدين على المحيل .

وقال الحنابلة والشافعية والمالكية : إذا تمت الحوالة وانتقل الحق ورضي المحال ، لم يعد الحق إلى المحيل أبداً ، سواء أمكن استيفاء الحق ، أو تعذر لمطل أو فلس أو موت أو غيرها . فلو كان المحال عليه مفلساً عند الحوالة ، وجهله المحال ، فلا رجوع له على المحيل ؛ لأنه مقصر بترك البحث ، فأشبهه من اشترى شيئاً هو مغبون فيه ، فإن شرط المحال يسار المحال عليه ، فبان معسراً ، رجع على المحيل عند الحنابلة والمالكية ، لقول النبي ﷺ : « المسلمون عند شروطهم »^(١) .

والمالكية قالوا أيضاً : لكن يرجع المحال على المحيل إذا غرره بأن أحاله على معدم مفلس . ودليل هؤلاء في الجملة أن جد سعيد بن المسيب : « كان له على علي رضي الله عنه دين ، فأحاله به ، فمات المحال عليه ، فأخبره ، فقال : اخترت علينا ، أبعدك الله » فأبعده بمجرد الحوالة ، ولم يخبره أن له الرجوع ، ولأن الحوالة تقتضي البراءة من الدين ، وقد حصلت مطلقة عن شرط سلامة الحق ، فتفيد البراءة مطلقاً .

وأما حديث عثمان (الذي استدل به الحنفية) فلم يصح ، ولو صح كان قول علي مخالفاً له^(٢) .

٣- أداء المحال عليه المال إلى المحال : وهذا أمر بدهي ، فإذا أدى المحال عليه المال انتهت الحوالة ، إذ أن حكمها قد انتهى .

٤- أن يموت المحال ويرث المحال عليه مال الحوالة ؛ لأن الإرث من أسباب الملك ، فيملك المحال عليه الدين في هذه الحال . وتنتهي الحوالة المقيدة عند أبي حنيفة

(١) رواه الترمذي والحاكم عن عمرو بن عوف (راجع نصب الراية : ١١٢/٤ ، سبل السلام : ٥٩/٣) ، وقد سبق تخريجه .

(٢) المغني : ٥٢٦/٤ ، بداية المجتهد : ٢٩٦/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٧ ، الشرح الكبير : ٣٢٦/٣ ، المهذب : ٣٣٨/١ ، مغني المحتاج : ١٩٥/٢ وما بعدها .

وصاحبيه ، خلافاً لبقية الفقهاء ، بموت المحيل لدخول المال الذي قيدت به الحوالة في
تركة المحيل .

٥- أن يهب المحال المال للمحال عليه ويقبل الهبة .

٦- أن يتصدق المحال على المحال عليه ، ويقبل الصدقة ؛ لأن الهبة والصدقة في
معنى الإرث أو الأداء .

٧- أن يبرئ المحال المحال عليه .

المبحث الخامس - رجوع المحال عليه على المحيل

الكلام هنا في موضعين : شرائط الرجوع ، وبيان ما يرجع به .

أما شرائط الرجوع فهي ما يأتي :

١- أن تكون الحوالة بأمر المحيل : فإن كانت بغير أمره لا يرجع مثل أن يقول
رجل للدائن : إن لك على فلان كذا وكذا من الدين ، فاحتل بها علي ، فرضي بذلك ،
جازت الحوالة . ولكنه إذا أدى المحال عليه المال لا يرجع على المحيل ؛ لأنه سيكون
حينئذ متبرعاً ، ولم يحصل معنى التملك للدين من المحال للمحال عليه ، فلا يحق له
الرجوع .

٢- أداء مال الحوالة أو ما هو في معنى الأداء كالهبة والصدقة إذا قبل المحال عليه ،
وكذا إذا ورث المحال عليه المحال ؛ لأن الإرث من أسباب الملك ، فإذا ورثه فقد ملك
الشيء الموروث ، فكان له حق الرجوع .

ولو أبرئ المحال عليه من الدين لا يرجع على المحيل ؛ لأن الإبراء إسقاط حقه ،
فلم يملك المحال عليه شيئاً فلا يرجع .

٣- ألا يكون للمحيل على المحال عليه دين مماثل للدين الذي أحيل به المحال .

فإن كان هناك دين وقعت المقاصة بينهما^(١) .

وأما ما يرجع به المحال عليه على المحيل : فهو أنه يرجع بالمحال به ، لا بالمؤدى ، كالكفيل ، فلو أدى عروضاً مكان النقود ، فإنه يرجع على المحيل بالنقود ؛ لأن الرجوع يحق له بحكم ما تم له من الملك ، وأنه يملك دين الحوالة ، لا المؤدى ، وذلك بخلاف الوكيل بقضاء الدين كما ذكرنا في الكفالة .

اختلاف المحيل مع المحال :

لو قبض المحال مال الحوالة ثم اختلف مع المحيل ، فقال المحيل : لم يكن لك علي شيء ، وإنما أنت وكيلي في القبض ، والمقبوض لي ، وقال المحال : لا ، بل أحلتني بألف مثلاً كانت لي عليك ، فحينئذ القول قول المحيل مع يمينه ؛ لأن المحال يدعي عليه ديناً ، والمحيل ينكر ، والقول قول المنكر عند عدم البيينة مع يمينه^(٢) .

السفاتج : جمع سُفْتَجَة : وهي الورقة . وهي أن يدفع امرؤ إلى تاجر مبلغاً قرضاً ليدفعه إلى صديقه في بلد آخر ليستفيد به سقوط خطر الطريق . وهذا مكروه تحريماً عند الحنفية ؛ لأنه في الحقيقة قرض استفاد به المقرض أمن خطر الطريق . وهو نوع من النفع المستفاد على حساب القرض ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن قرض جرنفعاً^(٣) . ففكرة هذا التصرف ناشئة عما إذا كان أمن خطر الطريق مشروطاً . فإذا تم القرض دون أن يشترط المقرض في عقد القرض دفع المال في بلد أخرى بالحوالة ونحوها ، جاز القرض . ويجوز أيضاً إذا دفع المال إليه أمانة لتسليمها في بلد آخر^(٤) .

(١) البدائع : ١٩٦/٦ ، مجمع الضمانات : ص ٢٨٣ .

(٢) البدائع ، المرجع السابق ، فتح القدير : ٤٤٩/٥ ، المسبوط : ٥٧/٢٠ ، الدر المختار ورد المختار : ٣٠٥/٤ .

(٣) رواه الحارث بن أبي أسامة عن علي قال : قال رسول الله ﷺ : « كل قرض جرنفعاً فهو ربا » وأعله المحدثون بأن فيه سوار بن مصعب وهو متروك . ورواه البيهقي في السنن الكبرى عن ابن مسعود وأبي بن كعب وعبد الله بن سلام وابن عباس موقوفاً عليهم . وأخرج ابن عدي في الكامل عن جابر بن سمرة ، قال : قال رسول الله ﷺ : « السفاتج حرام » وهو حديث ضعيف معلول براؤ فيه (راجع نصب الراية : ٦٠/٤ ، التلخيص الحبير : ص ٢٤٥) .

(٤) الكتاب مع اللباب : ١٦٢/٢ .

الفصل الثاني عشر

الرهن

خطة البحث :

الكلام عن عقد الرهن في المباحث السبعة التالية :

المبحث الأول - تعريف الرهن ومشروعيته وركنه وعناصره وأحواله

المبحث الثاني - شروط الرهن :

(شروط العاقدين ، والصيغة ، المرهون به ، والمرهون ،

وشروط تمام الرهن ، قبض الرهن ، ما يجوز ارتهانه ،

وما لا يجوز ، وما يتفرع عن القبض وغيره من الشروط) .

المبحث الثالث - أحكام الرهن أو آثاره

الرهن الصحيح والرهن الفاسد

المبحث الرابع - نداء الرهن أو زوائده

المبحث الخامس - الزيادة في الرهن والدين

المبحث السادس - انتهاء الرهن وحالاته

المبحث السابع - اختلاف الراهن والمرتهن

المبحث الأول - تعريف الرهن ومشروعيته وركنه وعناصره وأحواله :

تعريف الرهن : الرهن لغة : إما الثبوت والدوام ، يقال : ماء رهن أي راكد ، وحالة راهنة : أي ثابتة . وإما الحبس واللزوم ، قال تعالى ﴿ كل نفس بما كسبت رهينة ﴾ أي محبوسة . والظاهر أن في الحبس معنى الدوام والثبوت ، فأحد المعنيين تطور للمعنى الآخر ، والظاهر أن المعنى الأول هو الحبس ؛ لأنه المعنى المادي . وعلى كل حال ، فالمعنى الشرعي ذو صلة بالمعنى اللغوي ، وقد يطلق الرهن لغة على الشيء المرهون : وهو ما جعل وثيقة للدين ، من باب تسمية المفعول بالمصدر .

وعقد الرهن شرعاً^(١) : حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه منه ، أي جعل عين لها قيمة مالية في نظر الشرع وثيقة بدين بحيث يمكن أخذ الدين كله أو بعضه من تلك العين . أو هو عقد وثيقة بمال ، أي عقد على أخذ وثيقة بمال ، لا بذمة شخص ، فامتاز عن الكفالة ؛ لأن التوثق بها إنما يكون بذمة الكفيل ، لا بمال يقبضه الدائن ، ومعنى « وثيقة » أي متوثق بها ، فقد توثق الدين وصار مضموناً محكماً بالعين المرهونة ، وكون الوثيقة ذات قيمة مالية لإخراج العين النجسة والمنتجسة بنجاسة لا يمكن إزالتها ، فإنها لا يجوز أن تكون وثيقة للدين .

وعرفه الشافعية^(٢) بقولهم : جعل عين وثيقة بدين يستوفي منها عند تعذر وفائه . وقولهم « جعل عين » يفيد عدم جواز رهن المنافع ؛ لأنها تتلف فلا يحصل بها استيثاق .

وعرفه الحنابلة^(٣) بأنه : المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه .

(١) اللباب : ٥٤/٢ ، الدر المختار : ٣٣٩/٥ ، الميسر : ٦٣/٢١ .

(٢) مغني المحتاج : ١٢١/٢ ، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب لأنصاري : ١٢٢/٢ ، ١٢٤ .

(٣) المغني : ٣٢٦/٤ .

وعرفه المالكية^(١) : بأنه شيء متمول يؤخذ من مالكه ، توثقاً به ، في دين لازم ، أو صار إلى اللزوم ، أي أنه تعاقد على أخذ شيء من الأموال عيناً كالعقار والحيوان والعروض (السلع) ، أو منفعة ، على أن تكون المنفعة معينة بزمن أو عمل ، وعلى أن تحسب من الدين . ولا بد من أن يكون الدين لازماً كثن مبيع ، أو بدل قرض ، أو قيمة متلف ، أو صائراً إلى اللزوم ، كأخذ رهن من صانع أو مستعير ، خوفاً من ادعاء ضياع ، فيكون الرهن في القيمة على ما يلزم .

وليس المراد من الأخذ عند المالكية : التسليم الفعلي ؛ لأن التسليم بالفعل ليس شرطاً عندهم في انعقاد الرهن ، ولا في صحته ، ولا في لزومه ، بل ينعقد ويصح ويلزم بالصيغة أي بمجرد الإيجاب والقبول ، ثم يطلب المرتهن أخذه .

صفة الرهن العامة : والرهن عقد من عقود التبرع ؛ لأن ما أعطاه الراهن للمرتهن : مقابل بشيء^(٢) ، وهو من العقود العينية : وهي التي لا تعتبر تامة الالتزام إلا إذا حصل تسليم العين المعقود عليها ، وهذه العقود خمسة : الهبة ، والإعارة ، والإيداع ، والقرض ، والرهن . والسبب في اشتراط القبض لتامها : هو أنها تبرع ، والقاعدة تقول : « لا يتم التبرع إلا بالقبض » فيعتبر العقد فيها عديم الأثر قبل القبض ، والتنفيذ هو المولد لآثار العقد .

مشروعيته وحكمه : الرهن مشروع بالقرآن والسنة والإجماع . أما القرآن : فقولته تعالى : ﴿ وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة ﴾ .

والرهن باتفاق الفقهاء جائز في الحضر والسفر ، خلافاً لمجاهد والظاهرية^(٣) ، لإطلاق مشروعيته في السنة ، وذكر السفر في الآية خرج مخرج الغالب ، لكون

(١) الشرح الصغير : ٣٠٢/٣ وما بعدها ، ٢٢٥ .

(٢) رد المحتار : ٣٤٠/٥ .

(٣) المغني : ٢٢٧/٤ ، المهذب : ٣٠٥/١ ، البدائع : ١٣٥/٦ ، بداية المجتهد : ٢٧١/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٢٢ ، الإفصاح : ٢٣٨/١ ، كشاف القناع : ٣٠٧/٣ وما بعدها .

الكاتب في الماضي غير متوافر في السفر غالباً ، ولا يشترط أيضاً عدم وجود الكاتب ،
لثبوت جوازه في السنة مطلقاً . فالآية أرادت إرشاد الناس إلى وثيقة ميسرة لهم عند
فقدان كاتب يكتب لهم الدين .

وأما السنة : فروى البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها « أن رسول
الله ﷺ اشترى من يهودي طعاماً ، ورهنه درعاً من حديد »^(١) وعن أنس قال : « رهن
رسول الله ﷺ درعاً عند يهودي بالمدينة ، وأخذ منه شعيراً لأهله »^(٢) .

وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه كان يقول : « الظهر يركب بنفقتة إذا كان
مرهوناً ، ولبن الدر يشرب بنفقتة إذا كان مرهوناً ، وعلى الذي يركب ويشرب
النفقة »^(٣) .

وعن أبي هريرة أيضاً أن النبي ﷺ قال : « لا يَغْلُقُ الرهن من صاحبه الذي
رهنه ، له غمه ، وعليه غُرمه »^(٤) وغلُق الرهن : استحقاق المرتهن إياه ، لعجز الراهن
عن فكاهه ، أي لا ينفك ملك الرهن عن صاحبه ، ولا يستحقه المرتهن ، إذا لم يفتكه
في الوقت المشروط . وفي هذا رد على ما كان في الجاهلية ، من أن المرتهن كان يملك
الرهن إذا لم يؤد الراهن إليه ما يستحقه في الوقت المضروب ، فأبطله الشارع .
والحكمة من تشريع الرهن توثيق الديون ، فكما أن الكفالة توثق الدين شخصياً ،
يوثق الرهن الدين مالياً ، تسهيلاً للقروض . والرهن يفيد الدائن بإعطائه حق
الامتياز أو الأفضلية على سائر الدائنين الغرماء .

وحكم الرهن شرعاً : أنه جائز غير واجب بالاتفاق ؛ لأنه وثيقة بالدين ، فلم

(١) انظر هذا الحديث وما يليه في نصب الراية : ٣١٩/٤ وما بعدها ، نيل الأوطار : ٢٣٣/٥ وما بعدها .

(٢) رواه أحمد والبخاري والنسائي وابن ماجه .

(٣) رواه الجماعة إلا مسلماً والنسائي (نيل الأوطار : ٢٣٤/٥) .

(٤) رواه الشافعي والدارقطني ، وقال : هذا اسناد حسن متصل .

يجب، كما لم تجب الكفالة . وقوله تعالى : ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ أمر إرشاد للمؤمنين ، لا إيجاب عليهم ، بدليل قوله تعالى عقبه : ﴿ فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي أؤتمن أمانته ﴾ ، ولأنه تعالى أمر به عند عدم وجود الكاتب ، وبما أن الكتابة غير واجبة ، بدليل : ﴿ فإن أمن ... ﴾ فكذلك بدلها^(١) .

ركن الرهن وعناصره :

للرهن عناصر أربعة : هي الراهن ، والمرتهن ، والمرهون ، والمرهون به . فالراهن : معطي الرهن ، والمرتهن : آخذه ، والمرهون أو الرهن : ما أعطي من المال وثيقة للدين ، والمرهون به هو الدين .

وركن الرهن عند الحنفية^(٢) : هو الإيجاب والقبول ، من الراهن والمرتهن ، كسائر العقود ، ولكن لا يتم ولا يلزم إلا بالقبض أي التخلية أو النقل كأن يقول الراهن : رهنتك هذا الشيء بمالك علي من الدين ، أو هذا الشيء رهن بدينك ، ونحوه . ويقول المرتهن : ارتهنت أو قبلت ، أو رضيت ونحوه . ولا يشترط لفظ « الرهن » فلو اشترى شيئاً بدراهم ، وسلم إلى البائع شيئاً ، وقال له : أمسكه ، حتى أعطيك الثمن ، انعقد الرهن ؛ لأن العبرة في العقود للمعاني .

وقال غير الحنفية^(٣) : للرهن أركان أربعة : صيغة ، وعاقده ، ومرهون ، ومرهون

به .

وهكذا الخلاف في قضية الركن بين الحنفية وغيرهم في كل العقود ، فالرهن عند الجمهور أوسع منه عند الحنفية ، فإن الركن عند الحنفية : ما كان جزءاً من شيء ،

(١) المغني : ٣٢٧/٤ ، كشاف القناع : ٣٠٧/٣ .

(٢) البدائع : ١٣٥/٦ ، الدر المختار : ٣٤٠/٥ ، تكملة الفتح : ١٨٩/٨ وما بعدها ، تبين الحقائق : ٦٣/٦ ، اللباب شرح الكتاب : ٥٤/٢ .

(٣) الشرح الصغير : ٣٠٤/٣ وما بعدها ، مغني المحتاج : ١٢١/٢ ، كشاف القناع : ٣٠٧/٣ وما بعدها .

وتوقف وجوده عليه ؛ لأن من الأجزاء ما يتوقف عليها الوجود ، ومنها ما لا يتوقف عليها الوجود . أما الركن عند الجمهور : فهو ما توقف عليه وجود الشيء ، ولا يمكن تصوره إلا به ، سواء أكان جزءاً منه ، أم لا . فالعاقد ركن ، إذ لا يتصور عقد بدون عاقد ، وإن لم يكن جزءاً من العقد ، أما العاقد عند الحنفية ، فيعد من شروط العقد .

أحوال الرهن : للرهن المتفق عليه أحوال ثلاثة^(١) :

الأولى - أن يقع مع العقد المنشئ للدين : كأن يشترط البائع على المشتري بثن مؤجل إلى المستقبل في مدة معينة تسليم رهن بالثمن . وهذا صحيح باتفاق المذاهب ، لأن الحاجة داعية إليه .

الثانية - أن يقع بعد الحق أو نشوء الدين : وهو صحيح أيضاً بالاتفاق ؛ لأنه دين ثابت تدعو الحاجة إلى أخذ الوثيقة به ، فجاز أخذها به كالضمان (الكفالة) . وآية ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ تشير إليه ؛ لأن الرهن بدل عن الكتابة ، والكتابة بعد وجوب الحق .

الثالثة - أن يقع قبل نشوء الحق : مثل : رهنتك متاعي هذا بمئة تقرضنيها : يصح عند المالكية والحنفية ؛ لأنه وثيقة بحق ، فجاز عقدها قبل وجوبه ، كالكفالة وهذا هو المعقول . ولا يصح عند الشافعية والحنابلة في ظاهر المذهب ؛ لأن الوثيقة بالحق لا تلزم قبله ، كالشهادة ، ولأن الرهن تابع للحق ، فلا يسبقه .

المبحث الثاني - شروط الرهن :

للرهن شروط انعقاد ، وشروط صحة ، وشروط لزوم وهو القبض .

(١) المغني : ٣٢٧/٤ ، مغني المحتاج : ١٢٧/٢ ، المهذب : ٣٠٥/١ ، كشاف القناع : ٣٠٨/٣ ، حاشية الدسوقي على الدردير : ٢٤٥/٣ .

المطلب الأول - شروط العاقدين :

يشترط في عاقد الرهن (الراهن والمرتهن) ما يأتي^(١) :

الأهلية : الأهلية عند الحنفية : هي أهلية البيع ، فكل من يصح بيعه يصح رهنه ؛ لأن الرهن تصرف مالي كالبيع ، فوجب أن يراعى في عاقديه ما يراعى في عاقد البيع . فيشترط في عاقد الرهن : العقل أو التمييز ، فلا يجوز الرهن والارتهان من المجنون والصبي غير المميز أو الذي لا يعقل .

ولا يشترط البلوغ ، فيجوز الرهن من الصبي المأذون في التجارة ؛ لأن ذلك من توابع التجارة . ويصح رهن الصبي المميز والسفيه ، موقوفاً على إجازة وليه .

والأهلية عند غير الحنفية تتمثل في أهلية البيع والتبرع ، فيصح الرهن ممن يصح بيعه وتبرعه ؛ لأن الرهن تبرع غير واجب ، فلا يصح من مستكره ، ولا من صبي غير بالغ ، ولا مجنون ، ولا سفيه ، ولا مفلس ، ولا يصح من ولي أباً أو جداً أو وصي أو حاكم إلا لضرورة أو مصلحة ظاهرة للقاصر ، مثال الضرورة : أن يرهن على ما يقتض حاجة المؤنة (القوت) ، ليوفي مما ينتظر من غلة ، أو حلول دين ، أو رواج متاع كاسد (بائر) ، أو أن يرتهن على ما يقرضه أو يبيعه مؤجلاً لضرورة نهب أو نحوه .

ومثال المصلحة (أو الغبطة) الظاهرة للقاصر : أن يرهن ما يساوي مئة على ثمن ما اشتراه بمئة نسيئة مؤجلة ، وهو يساوي مئتين حالتيه . وأن يرتهن على ثمن ما يبيعه نسيئة بمصلحة ظاهرة .

وإذا رهن الولي أو الوصي : فلا يرهن إلا من أمين غير خائن ، موسر ، وأن يشهد على الرهن ، وأن يكون الأجل قصيراً عرفاً . فإن فقد شرط من هذه الشروط ، لم يجوز

(١) البدائع : ١٣٥/٦ ، بداية المجتهد : ٢٦٨/٢ ، حاشية الشقاوي : ١٢٢/٢ ، كشاف القناع : ٣٠٩/٣ ، الشرح الكبير

للرددير : ٢٦٤/٣ وما بعدها ، ٢٩٢ .

الرهن^(١) . ولا يصح للولي أو الوصي أن يرهن مال موليه لدين عليها لأجنبي ، إذ ليس فيه مصلحة المولى عليه .

وعبر الحنابلة عن هذا الحكم بشرطين : أن يكون عند ثقة ، وأن يكون للقاصر فيه حظ أي حاجة إلى نفقة أو كسوة أو إصلاح عقاره المتهدم أو رعاية بهائم^(٢) . وللأب أن يرهن من نفسه لولده ، ولنفسه من ولده ، والجد كالأب عند الشافعية لوفور شفقتها .

رهن الولي والوصي مال الصغير عند الحنفية :

هنا أمور ثلاثة : رهن مال الصغير بدين للصغير ، أو بدين للولي ، وموقف الصغير من الرهن بعد البلوغ^(٣) . وقد عرفنا قبله مباشرة حكم رهن مال القاصر عند غير الحنفية .

أ- رهن مال الصغير أو المجنون بدين لهما :

للولي أو الوصي أو القيم أن يرهن مال القاصر (صبي أو مجنون ونحوهما) لدين للقاصر استدين من أجل كسوته وطعامه ، أو بسبب الاتجار في ماله ؛ لأن الاستدانة جائزة للحاجة ، والتجارة تثير مال القاصر ، والرهن إيفاء للحق ، فيجوز .

وإذا كان الأب أو الجد هو الدائن للقاصر أو كان كل من الدائن والمدين تحت ولايته ، جاز له أن يتولى طرفي العقد ، فيكون رهنًا بالنيابة عن موليه ، ومرتهناً بالنسبة إلى نفسه ، في الحالة الأولى . ورهنًا عن أحد موليه ، ومرتهناً بالنسبة إلى الآخر ، في الحالة الثانية ، لأنه لوفور شفقتها ، نزل منزلة شخصين ، وقامت عبارته مقام عبارتين ، كما في بيعه مال القاصر لنفسه .

(١) حاشية الشرقاوي : ١٢٣/٢ ، معني المحتاج : ١٢٢/٢ .

(٢) المعني : ٣٥٩/٤ ، كشف القناع : ٣١٩/٢ .

(٣) تبين الحقائق : ٧٢/٦ وما بعدها ، تكملة الفتوح : ٢٠٩/٨ وما بعدها ، الدر المختار : ٣٥٢/٥ ، ٣٦٤ .

ولا يجوز ذلك للحاكم، ولا للوصي، لقصور شفقتها بالنسبة للأب، ولأن كليهما وكيل محض، والأصل أن الشخص الواحد لا يتولى طرفي العقد، سواء في البيع أو الرهن ونحوهما.

٢- رهن مال القاصر بدين للولي :

الاستحسان عند أبي حنيفة ومحمد: يقتضي أن يجوز للأب أو الجد أو الوصي أن يرهن مال موليه بدين نفسه عدائه؛ لأن للولي أو الوصي إيداع مال موليه، والرهن أولى من الإيداع؛ لأن الوديع أمين لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير، والمرتهن يضمن الرهن إن هلك، ولو بلا تعدٍ ولا تقصير.

والقياس وهو رأي أبي يوسف وزفر: ألا يجوز للولي أو الوصي رهن مال القاصر بدين لهما؛ لأنها لا يملكان إيفاء دينها بأموال موليتها، وفي إقدامها على رهن مال موليتها إيفاء لدينها حكماً، فيمنع، كالإيفاء حقيقة.

وإذا جاز الرهن عملاً بمقتضى الاستحسان، ثم هلك عند الدائن، يضمن الولي للمولى عليه الأقل من قيمة الرهن ومن الدين، دون زيادة عليه، أما الوصي فيضمن قيمة الرهن في جميع الأحوال؛ لأن للأب أو الجد أن ينتفع بمال الصغير، وليس للوصي الحق في الانتفاع.

ولولي أباً أو جدّاً رهن ماله بدين عليه للصغير عند ولده الصغير، ويحبسه الولي لأجل الصغير، ولا يجوز هذا الرهن للوصي.

كما يجوز للولي عكس المذكور: وهو أن يرهن عنده مال الصغير بدين عليه؛ لأنه لوفور شفقتها جعل كشخصين، وتقوم عبارته مقام عبارتين أي عبارتي الإيجاب والقبول، كشرائه مال طفله. ولا يجوز هذا الرهن للوصي، لأنه وكيل محض، فلا يتولى طرفي العقد في رهن ولا بيع ونحوهما مما يتطلب وجود عاقلين في عقود ذات حقوق متباينة.

٣- موقف الصغير من الرهن بعد البلوغ :

إذا بلغ الصغير أو زال عارض الحجر، فوجد مالاً له مرهوناً، فليس له إبطال الرهن، أو استرداده حتى يقضى الدين؛ لأن تصرف الولي بالرهن وقع نافذاً لازماً، وصدر من له ولاية إصداره، سواء أكان الرهن بدين على الصغير، أم بدين على الولي نفسه، أم بدين عليهما معاً.

فإن قضي الدين عن الولي نفسه من مال الصغير المرهون أو هلك المرهون قبل أن يفتكه الراهن، كان للصغير بعد بلوغه حق الرجوع طبعاً في مال الولي، والمطالبة بتسديد حقه؛ لأنه مضطر إلى إحياء ملكه، والمحافظة على حقوقه سواء أكان الولي حياً أم ميتاً، ويكون في هذه الحالة مثل من أعار متاعه لآخر، ليرهنه المستعير بدين عليه لشخص ثالث، فللمعير أن يفتك - عند الضرورة - رهنه، بدفع دين المستعير، ويرجع بما أوفى من الدين على المستعير.

تعدد أطراف الرهن :

قد يتعدد الراهن أو المرتهن، كما لو رهن رجلان بدين عليهما رهنًا عند آخر، أو يرهن رجل شيئاً بدين عليه عند رجلين، يصح الرهن في الحالتين لعدم الشيوع المانع من صحة الرهن عند الحنفية^(١)؛ لأنه في حالة تعدد الراهن يحصل قبض المرهون من المرتهن بدون إشاعة، فصار كرهن الواحد من الواحد، وفي حالة تعدد المرتهن أضيف الرهن إلى جميع العين المرهونة بصفقة واحدة، ومقتضى الرهن (أو موجب) حبس المرهون بالدين، والحبس لا يتجزأ، فصار الرهن محبوساً بكل من المرتهنين.

بخلاف هبة الواحد لاثنتين لا تجوز عند أبي حنيفة؛ لأن المقصود من الهبة هو التملك، والشيء الواحد الموهوب لا يتصور كونه ملكاً لكل من الموهوبين لها على

(١) تبين الحقائق : ٧٨/٦ وما بعدها، الدر المختار ورد المختار : ٢٥٤/٥ وما بعدها، تكملة الفتح : ٢١٨/٨ وما

بعدها، اللباب : ٦٢/٢ وما بعدها.

سبيل الكمال والاستقلال ، فلا بد من قسمة الموهوب ليتصور تملك الموهوب له للموهوب .

وأحكام الحالتين كما يأتي :

أ- في حالة تعدد الراهنين : يصح الرهن بكل الدين ، وللمرتن حسب المرهون حتى يستوفي كل الدين من الراهنين . فإذا أدى أحد الراهنين ما عليه من الدين ، لم يكن له أن يقبض شيئاً من الرهن ؛ لأن فيه تفريق الصفقة على المرتن في الإمساك .

ب- في حالة تعدد المرتنين : يعتبر المرهون كله أيضاً رهناً محبوساً عند كل واحد منها بدينه ، لحمل الراهن على وفاء الدين ، مادام الرهن قائماً . فإن قضى الراهن أحد المرتنين دينه ، كانت العين المرهونة كلها رهناً في يد الآخر ، حتى يستوفي دينه ؛ لأن العين كلها رهن في يد كل منها بلا تفرق أو تجزئة .

وكيفية حبس المرهون عند المرتنين : هو أنه إذا كان المرهون مما يقبل التجزؤ ، فعلى كل واحد من المرتنين حبس النصف ، فلو سلم أحدهما كل المرهون للآخر ، ضمنه عند أبي حنيفة ، خلافاً للصاحبين . وأما إذا كان المرهون مما لا يتجزأ ، فيحبسه المرتنان على طريق المهايأة^(١) ، فإن تهاياً ، كان كل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر .

وإذا هلك المرهون ، صار كل واحد من المرتنين مستوفياً حصة دينه من المرهون ؛ لأن الاستيفاء يتجزأ . وفي حالة الهلاك هذه لو قضى الراهن دين أحدهما ، استرد ما قضاه من الدين ؛ لأن ارتهان كل منهما باق ، حتى يعود الرهن إلى الراهن ؛ لأن كل مرتن كالعدل بالنسبة للمرتن الآخر في حالة عدم قابلية تجزئة المرهون .

(١) المهايأة : أن يتفق الاثنان على أن يأخذ كل واحد منهما المرهون عنده مدة معلومة .

المطلب الثاني - شروط الصيغة :

اشترط الحنفية^(١) في صيغة الرهن ألا يكون معلقاً بشرط، ولا مضافاً إلى زمن مستقبل؛ لأن عقد الرهن يشبه عقد البيع من ناحية كونه سبيلاً إلى إيفاء الدين واستيفائه، فلا يقبل التعليق بشرط، والإضافة للمستقبل، وإذا علق الرهن أو أضيف، كان فاسداً كالبيع^(٢).

وإذا اقترن الرهن بالشرط الفاسد أو الباطل، صح الرهن، وبطل الشرط؛ لأن الرهن ليس من عقود المعاوضات المالية. جاء في الزيادات والبيزانية: والرهن لا يبطل بالشروط الفاسدة؛ لأنه تبرع بمنزلة الهبة، إذ لا يستوجب الراهن على المرتهن شيئاً، بتليكه حبس الرهن عنده.

ولكن جاء في البدائع^(٣): أن الرهن تبطله الشروط الفاسدة كالبيع، بخلاف الهبة.

والأصح في تقديري هو رواية البيزانية والزيادات؛ لأن الرهن ليس من المعاوضات، فيصح الرهن وإن سقط الدين بهلاكه، جاء في الهداية: الرهن عقد تبرع، لأنه لا يستوجب بمقابلته شيئاً على المرتهن^(٤).

والشرط المشروط في الرهن عند غير الحنفية إما صحيح أو فاسد، والفاسد إما مفسد للعقد، وإما لاغٍ باطل وحده والعقد صحيح، على تفصيل فيما يأتي.

قال الشافعية^(٥): الشروط المشروطة في الرهن ثلاثة أنواع:

- (١) البدائع: ١٣٥/٦
- (٢) الدر المختار: ٣٧٤/٥، ٣٥٧، قال في الدر: الأجل في الرهن يفسده.
- (٣) ١٤٠/٦
- (٤) تكلية فتح القدير على شرح الهداية: ١٩٠/٨
- (٥) مغني المحتاج: ١٢١/٢ وما بعدها، المهذب: ٣١٠/١ - ٣١٢، نهاية المحتاج: ٢٥٤/٣ وما بعدها.

١- الشرط الصحيح : وهو أن يشترط في الرهن ما يقتضيه كتقدم وفاء المرتهن عند تزاحم الغرماء ، ليستوفي منه دينه ، مفضلاً على بقية الدائنين ، أو أن يشترط فيه مصلحة للعقد ولا يترتب عليه جهالة ، كالإشهاد به ، فيصح العقد والشرط ، كالبيع .

٢- الشرط الباطل أو اللغو : وهو أن يشترط فيه ما لا مصلحة فيه ولا غرض ، كأن لا يأكل الحيوان المرهون كذا ، فيبطل الشرط ، ويصح العقد .

٣- الشرط المفسد للعقد : وهو أن يشترط ما يضر المرتهن ، كشرط ألا يبيعه بعد حلول أجل وفاء الدين إلا بعد شهر ، أو ألا يبيع بأكثر من ثمن المثل ، أو أن يشترط ما يضر الراهن وينفع المرتهن ، كشرط منفعة غير مقدرة بمدة للمرتهن ولا بأجر عليها ، أو إعطاء المرتهن زوائد الرهن ، فيبطل الشرط للجهد بها ولعدمها حين الاشتراط ولحديث « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل »^(١) ، ويبطل العقد في الأظهر ، لمخالفة الشرط مقتضى العقد ، كالشرط الذي يضر المرتهن .

وكذلك يفسد الشرط والعقد إذا شرط جعل زوائد الرهن كالصوف والثرثرة والولد مرهونة ؛ لأنها معدومة حين الاشتراط ومجهولة .

والظاهر أن الرهن يفسد أيضاً بتعليقه أو إضافته للمستقبل . وبه يتبين أن الشرط الفاسد : هو ما كان ضاراً بأحد العاقدين ، أو كان فيه جهالة . والأظهر أنه متى فسد الشرط ، فسد العقد .

وقال المالكية^(٢) : يصح الشرط الذي لا يتنافى مع مقتضى العقد ، ولا يؤول إلى حرام ، أما ما يتنافى مع مقتضى العقد ، فهو شرط فاسد ، يبطل للرهن ، كأن يشترط

(١) أخرجه الشيخان عن عائشة بلفظ : « ما كان من شرط ليس في كتاب الله ، فهو باطل ، وإن كان مائة شرط ، قضاء الله أحق ، وشرط الله أوثق » (سبل السلام : ١٠٢) .

(٢) الشرح الكبير : ٢٤٠/٣ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢٧١/٢

في الرهن أن يكون تحت يد الراهن ، لا يقبضه المرتهن ، أو ألا يباع المرهون في الدين عند حلول الأجل ، أو ألا يباع الرهن إلا بما يرضى به الراهن من الثمن .

وأما الشرط الحرام الممنوع الفاسخ للعقد : فهو أن يرهن الرجل رهناً ، على أنه لو جاء بحقه عند أجله ، وإلا فالرهن له ، فهذا فاسخ للعقد ، لقوله ﷺ : « لا يَغْلَقِ الرهن »^(١)

والخلاصة أن الشرط عند المالكية نوعان : صحيح وفاسد .

ومذهب الحنابلة^(٢) كالمالكية : قالوا : الشرط في الرهن نوعان : شرط صحيح ، وشرط فاسد .

فالصحيح : ما كان فيه مصلحة للعقد ، ولا يتنافى مع مقتضاه ، ولا يؤول إلى حرمة يكرهها الشرع ، مثل أن يشترط في الرهن أن يكون عند عدل ، أو عدلين ، أو أكثر ، أو أن يبيعه العدل عند حلول أجل الدين أو الحق .

والفاسد : هو ما يتنافى مقتضى العقد ، مثل ألا يباع الرهن عند حلول أجل الحق ، أو لا يستوفي الدين من ثمنه ، أو لا يباع إذا ما خيف تلفه ، أو أن يباع بأي ثمن كان ، أو ألا يباع إلا بما يرضى به الراهن . فهذه كلها شروط فاسدة ، لمنافاتها مقتضى عقد الرهن ؛ لأنها شروط تحول دون الوفاء بالدين عادة ، وذلك يتنافى مع الغرض المقصود من الرهن .

ومن الشروط الفاسدة : أن يشترط الخيار للراهن نفسه ، أو ألا يكون الرهن لازماً في حقه ، أو توقيت الرهن ، أو أن يكون الرهن يوماً ، ويوماً لا يكون ، أو

(١) سبق شرحه ، والمعنى : أنه لا يستحقه المرتهن ، إذا لم يستفكه صاحبه . وكان هذا من فعل الجاهلية : أن الراهن إذا لم يؤد ماعليه في الوقت المعين ، ملك المرتهن الرهن ، فأبطله الإسلام (النهاية في غريب الحديث لابن الأثير : ٣ / ٢٧٩) .

(٢) المغني : ٢٨١/٤ - ٢٨٢ ، كشف القناع : ٣٠٩/٣

كون الرهن في يد الراهن ، أو أن ينتفع به ، أو أن ينتفع به المرتهن ، أو يكون مضموناً عليه ، أو أنه متى حل أجل الحق ولم يوفه الراهن ، فالرهن للمرتهن بالدين أو فهو مبيع بالدين ولا يصح الرهن معلقاً بشرط كالبيع ، أي أنه فاسد .

وهل يفسد الرهن بالشرط الفاسد عند الحنابلة ؟ فيه آراء عندهم . قال القاضي : يحتمل أن يفسد الرهن بهذا الاشتراط ؛ لأن العاقد إنما بذل ملكه ، ورضي بالرهن على هذا الشرط ، فإذا لم يسلم له ، لم يصح العقد لعدم الرضا به بدونه .

وقيل : إن شرط الرهن مؤقتاً ، أو رهنه يوماً ، ويوماً لا ، فسد الرهن ، وإن شرط غير ذلك من الشروط الفاسدة ، فعلى وجهين :

قيل : يفسد الرهن ، وقيل : لا يفسد ، وأيد أبو الخطاب عدم فساده ؛ لأن النبي ﷺ قال : « لا يغلط الرهن » وقد قاله في رهن شرط فيه شرط فاسد ، ولم يحكم بفساده ، ولأن الراهن قد رضي برهنه مع هذا الشرط ، فع بطلانه أولى أن يرضى به .

وقيل : ما ينقص حق المرتهن يبطله وجهاً واحداً ، وما لا ، فعلى وجهين .

المطلب الثالث - شروط المرهون به :

المرهون به : هو الحق الذي أعطي به الرهن . ويشترط فيه عند الحنفية ما يأتي :

الشرط الأول - أن يكون حقاً واجب التسليم إلى صاحبه : لأنه إذا لم يكن واجب التسليم ، فلا محل لأن يعطى به رهن لتوثيقه ، إذ لا إلزام على المطالب بالحق حتى يستوجب التوثق به^(١) .

وعبر الحنفية عن هذا الشرط بقولهم : أن يكون ديناً مضموناً^(٢) ، أي أن يكون

(١) مذكرة بحث الرهن لأستاذنا الشيخ علي الحفيف : ص ٤٥ .

(٢) البدائع ١٤٢/٦ وما بعدها ، تكملة الفتوح : ١٩٦/٨ ، ٢٠٦ وما بعدها ، تبين الحقائق : ٦٦/٦ ، اللباب : ٥٥/٢ وما بعدها ، الدر المختار : ٣٥٠/٥ .

الدين واجب التسليم على الراهن ، وعبارتنا أوضح ؛ لأن الحق المرهون به : إما أن يكون ديناً ، وإما أن يكون عيناً واجبة التسليم .

أ- فإن كان ديناً ، جاز الرهن به ، أياً كان سبب هذا الدين ، قرضاً أو بيعاً ، أو إتلافاً أو غصباً ؛ لأن الديون واجبة الوفاء ، فكان الرهن بها رهناً بحق واجب التسليم إلى صاحبه .

وسواء في هذا أن يكون الدين مما يجوز استبداله قبل قبضه ، أو مما لا يجوز استبداله قبل قبضه ، كرأس مال السلم ، وبدل الصرف ، والمسلم فيه . وهذا عند أئمة الحنفية الثلاثة .

وقال زفر : لا يجوز الرهن بما لا يصح الاستبدال فيه قبل القبض ؛ لأن سقوط الدين يهلك الرهن إذا هلك ، إنما يكون نتيجة لاستبداله بما وجب في ذمة المرتهن بذلك الهلاك ، بمعنى أن عين الرهن صارت بدلاً عن الدين الذي رهنت به ، واستبدال هذه الديون لا يصح ، كما بينا في بحث السلم ، فلو جاز الرهن بهذه الديون ، لزم منه استبدال هذه الديون قبل قبضها ، إذا هلك الرهن ، وهو لا يجوز شرعاً .

ولا يقال في هذه الحال : إن سقوط الدين ، كان بطريق الاستيفاء ؛ لأن الاستيفاء لا يتحقق إلا عند اتحاد الرهن والدين جنساً ، والغالب أن يكونا مختلفي الجنس .

فيختص جواز الرهن بدين يمكن استبداله .

ودليل جمهور الحنفية : أن سقوط الدين دائماً عند هلاك الرهن ، إنما هو بطريق

= ومعنى كون الدين مضموناً : أن يكون متحققاً من حيث الظاهر ، لامتثالاً في الواقع والباطن ، فلو ادعى رجل على آخر حقاً من قرض مثلاً ، ثم صالحه المدعى عليه على مبلغ معين أعطاه به رهناً ، ثم تصادقا على أنه لم يكن حق ، ولم يكن للمدعي على المدعى عليه شيء ، ثم هلك الرهن في يد المرتهن (المدعي) ، فإنه يهلك بالأقل من ثمنه ، وما رهن به (البدائع : ١٤٤/٦) .

الاستيفاء، لا بطريق الاستبدال. ويكفي في تحقق الاستيفاء وجود المجانسة في المالية، إذ أن الاستيفاء يتم بمالية الرهن، لا بصورته، والأموال كلها من ناحية المالية جنس واحد. وقد يسقط اعتبار المجانسة من حيث الصورة، ويكتفى بالمجانسة المالية للحاجة والضرورة، كما في إتلاف ما لا مثل له من جنسه^(١)، وقد تحققت الحاجة والضرورة في الرهن، لحاجة الناس إلى توثيق ديونهم في جميع الأحوال^(٢).

وأما غير الحنفية^(٣): فروي عن الإمام أحمد روايتان في دين السلم، رواية بالجواز، ورواية بعدم الجواز. وعلى الرواية الأولى: إذا كان الرهن بالمسلم فيه، ثم تقايلا السلم أو فسخ العقد، بطل الرهن، لزوال الدين الذي رهن به. وعلى المسلم إليه رد رأس مال السلم في الحال إلى رب السلم (المسلم).

وقال مالك والشافعي: لا يجوز الرهن في بدل الصرف ورأس مال السلم المتعلق بالذمة؛ لأنه يشترط التقابض في مجلس العقد. ويجوز أخذ الرهن في المسلم فيه؛ لأنه دين، والآية أجازت الرهن في المداينة.

ب- وإن كان المرهون به عيناً، ففيه تفصيل:

إن كانت العين أمانة كالوديعة والعارية والمأجور ومال الشركة والمضاربة فلا

(١) إذ لا يعد هذا من قبيل المبادلة والمعاوضة، وإلا لتوقف على الرضا، وإنما يعد استيفاء، ولذا لا يتوقف على رضا صاحب الحق.

(٢) وإذا هلك الرهن المعطى برأس مال السلم أو بدل الصرف في مجلس العقد، صح العقد، لأنه صار المسلم إليه مستوفياً عين حقه في المجلس. وإن هلك بعد انقضاء المجلس، بطل العقد، لعدم تحقق قبض رأس المال أو بدل الصرف في المجلس. وإذا كان الرهن بالمسلم فيه، فهلك عند رب السلم قبل الوفاء، فإنه يهلك بالأقل من قيمته ومن قيمة المسلم فيه. ولو تقاسخا السلم وهناك رهن بالمسلم فيه، يصير المرهون استحساناً رهناً برأس المال، لأنه بدل عن المسلم فيه. وحينئذ لو هلك الرهن بعد التقاسخ، فلا يهلك برأس المال، وإنما يهلك بالمسلم فيه، لأنه رهن به ابتداء، فيظل على هذا الحكم، وإن كان محبوباً بغيره (تكملة الفتح: ٢٠٧/٨).

(٣) بداية المجتهد: ٢٦٩/١ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ٢٢٢، مغني المحتاج: ١٢٧/٢، المهذب: ٣٠٥/١، المحرر في الفقه الحنبلي: ٣٣٥/١.

يجوز الرهن بها بالاتفاق؛ لأن قبض الرهن مضمون، فلا بد من أن يقابله مضمون، أي لا رهن إلا بمضمون، ليصبح القبض موصلاً إلى الاستيفاء.

وإن كانت العين مضمونة بنفسها: وهي التي يجب ضمان مثلها إن كان لها مثل، أو قيمتها إن لم يكن لها مثل كالمغصوب في يد الغاصب، والمقبوض على سوم الشراء، والمهر في يد الزوج، وبديل الخلع في يد الزوجة، وبديل الصلح عن دم العمد، فيجوز الرهن بها عند الحنفية، وللمرتن أن يجبس الرهن حتى يسترد العين المرهون بها. وإن هلك الرهن في يد المرتن قبل استرداد العين، وهي قائمة باقية، يقال للراهن: سلم العين إلى المرتن، وخذ منه الأقل من قيمة الرهن، ومن قيمة العين؛ لأن المرهون مضمون بالأقل المذكور.

وأجاز المالكية والحنابلة^(١) كالحنفية كون المرهون به عيناً مضمونة بنفسها.

وقال الشافعية^(٢) لا يصح الرهن بالعين التي هي أمانة أو مضمونة لاشتراطهم كون المرهون به ديناً؛ لأنه تعالى ذكر الرهن في المداينة، فلا يثبت في غيرها؛ ولأن هذه العين لا تستوفي من ثمن المرهون، وذلك مخالف لغرض الرهن عند البيع^(٣).

وأما إن كانت العين مضمونة بغيرها: كالمبيع في يد البائع، فإنه مضمون بغيره، وهو الثمن، فلو هلك المبيع في يد البائع، سقط الثمن عن المشتري، فلا يصح الرهن به، في رواية النوادر عن أبي حنيفة؛ لأن قبض الرهن قبض استيفاء، ولا يتحقق معنى الاستيفاء في المضمون بغيره، إذ لو هلك الرهن في يد المشتري، لا يصير مستوفياً شيئاً بهلاك الرهن.

(١) بداية المجتهد: ٢٧٠/١، كشاف القناع: ٣١١/٣.

(٢) مغني المحتاج: ١٢٦/٢، نهاية المحتاج: ٢٦٥/٣، المهذب: ٣٠٥/١.

(٣) وبناء عليه: يعرف بطلان ما جرت به عادة بعض الناس من كونه يقف كتاباً ويشترط ألا يعار، أو

لا يخرج من مكان محبوس إلا برهن (الجبرمي على الخطيب: ٥٩/٣).

وفي ظاهر الرواية : إنه يصح الرهن بالمبيع قبل القبض ؛ لأنه مضمون ، وللمشتري أن يحبس المرهون حتى يقبض المبيع ؛ لأن الاستيفاء المطلوب يتحقق من حيث المعنى ؛ لأن المبيع قبل قبضه ، إن لم يكن مضموناً بقيته ، مضمون بالثمن ، ويعد سقوط الثمن عن المشتري بهلاك المبيع قبل تسليمه إليه ، كالعوض عنه ، فيصير المشتري مستوفياً مالية المبيع .

وبناء على اشتراط كون المرهون به حقاً واجب التسليم إلى صاحبه يتفرع ما يأتي :

١- الرهن على نقود بعينها : لو تزوج شخص امرأة على نقود بعينها ، أو اشترى شيئاً بنقود بعينها ، فأعطى بها رهناً ، لم يجوز الرهن عند أبي حنيفة وصاحبيه ؛ لأن النقود لا تتعين بالتعيين ، وجاز عند زفر ؛ لأن النقود تتعين عنده بالتعيين .

٢- الرهن بالدين الموعود به أو بما سيقرضه المرتهن للراهن : مقتضى هذا الشرط ألا يصح الرهن بالدين الموعود به ، أو بما سيقرضه المرتهن للراهن ؛ لأن الدين لا وجود له عند عقد الرهن ، حتى يكون واجب التسليم .

ولكن الحنفية والمالكية : أجازوا الرهن بالدين الموعود به الذي سيقرض في المستقبل ، استحساناً لحاجة الناس إليه^(١) ، أما إذا ارتهن المرتهن بما يثبت له على الراهن في المستقبل بدون وعد فلا يجوز ، ولا يصح الرهن عند الشافعية ، والحنابلة في ظاهر المذهب^(٢) بما سيقرضه ، أي بدين مستقبل ؛ لأنه ليس بحق ثابت في الذمة عند عقد الرهن ، وقد شرع الرهن عند ثبوت الدين ، لا عند الوعد به .

(١) البدائع : ١٤٣/٣ ، الدر المختار : ٣٥١/٥ ، الشرح الكبير للدردير والدسوقي : ٢٤٥/٣ .

(٢) مغني المحتاج : ١٢٧/٢ ، المهذب : ٣٠٥/١ ، المغني : ٣٢٨/٤ .

٣- الرهن بالدرك^(١): أي بما يدرك المبيع من استحقاق، كأن باع شخص شيئاً وقبض الثمن، وسلم المبيع إلى المشتري، فخاف المشتري الاستحقاق، فأخذ بالثمن من البائع رهنأً قبل الدرك: لا يجوز هذا الرهن وإن جاز ضمانه (كفالتة)؛ لأن استحقاق الشيء المبيع قد يتحقق وقد لا يتحقق، فكان الرهن به رهنأً بما لا يجب فيه التسليم حالاً، بل وبما لا وجود له في الحال، وربما في المستقبل.

وأما الكفالة بالدرك فجائزة؛ لأن الكفالة التزام وضمن المطالبة، ويصح التزام الأفعال وضمانيها في المستقبل، كالندور. قال الحنفية: الرهن بالدرك باطل، والكفالة بالدرك جائزة^(٢).

أما الرهن فهو لاستيفاء الديون، وإذا لم يثبت الدين، فكيف يستوفي؟ فلا استيفاء قبل ثبوت الدين أو وجوبه، والاستيفاء فيه معنى المعاوضة، والمعاوضات والتملكيات لا يصح أن تضاف إلى المستقبل، لما في الإضافة من الخطر والغرر، والرهن بالدرك من هذا القبيل. فكأن الراهن البائع يقول للمرتن المشتري: إن ظهر مستحق، فهذا الشيء رهن، تستوفي منه عوض الثمن.

والفرق بين حالة الدرك والدين الموعود: أن الأول معدوم، والثاني كالموجود أي على وشك الثبوت، وقد صحح الحنفية الثاني للحاجة، كما بينا.

الشرط الثاني - أن يمكن استيفاء الدين من المرهون به: فإن لم يمكن الاستيفاء منه، لم يصح الرهن؛ لأن الارتهان استيفاء، فإذا انتفى الاستيفاء، انتفى الرهن والغرض منه^(٣). وعليه فلا يصح الرهن بما يأتي:

(١) الدرك: هو رجوع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع (العناية على الهداية بهامش تكملة الفتح: ٢٠٦/٨).

(٢) تكملة الفتح: ٢٠٦/٨، البدائع: ١٤٣/٦، وما بعدها، الدر المختار: ٣٥٠/٥.

(٣) البدائع: ١٤٣/٦، وما بعدها، تكملة الفتح: ٢٠٨/٨، الدر المختار ورد المختار: ٣٥١/٥.

١- بالقصاص بالنفس أو ما دونها ، لا يجوز الرهن به ؛ لأنه لا يمكن أو يتعذر استيفاء القصاص من المرهون . لكن يجوز الرهن بأرش (تعويض) الجنائية ؛ لأن استيفاء الأرش من الرهن ممكن .

٢- بالكفالة بالنفس أي إحضار شخص إلى مجلس القضاء ونحوه : لا يجوز الرهن بها ؛ لأن المكفول به لا يحتمل استيفاءه من الرهن . مثل أن يكفل زيد نفس خالد ، على أنه إن لم يوافق به إلى سنة ، فعليه الألف الذي عليه . ثم قدم خالد رهناً بالمال إلى سنة ، فالرهن باطل ، لأنه لم يجب المال بعد على خالد ، ولأن استيفاء المكفول به (وهو تسليم نفس من عليه الحق) من الرهن غير ممكن .

٣- بالشفعة : أي لا يجوز أخذ الرهن من المشتري الذي وجب عليه تسليم المبيع من أجل الشفعة ، فلا يصح للشفيع أن يقول للمشتري : أعطني رهناً بالدار المشفوعة ؛ لأن حق الشفعة لا يمكن استيفاءه من الرهن ، فلم يصح الرهن به . كما أن الشفعة ليست بمضمونة (واجبة التسليم) على المشتري ، بدليل أنه لو هلك العقار المشفوع فيه ، لا يجب عليه شيء .

٤- بأجرة على فعل محرم : كأجر النائحة أو المغنية ، أو الراقصة ، كأن استأجرها شخص ، وأعطاهم بالأجرة رهناً ، لا يصح الرهن ، لعدم صحة الإجارة ، فلا تجب الأجرة ، فكان الرهن بشيء غير مضمون لعدم مقابله بشيء مضمون ، فلم يصح الرهن .

كما لا يصح الرهن بالمنفعة الثابتة في الذمة التي يلتزم بها الأجير المشترك ، إذ لا يمكن استيفاء المنفعة من المال .

الشرط الثالث- أن يكون الحق المرهون به معلوماً : فلا يصح الرهن بحق مجهول ، فلو أعطاه رهناً بأحد دينين له ، دون أن يعينه ، لم يصح الرهن .

واشترط الشافعية والحنابلة^(١) في المرهون به شروطاً ثلاثة :

١- أن يكون ديناً ثابتاً واجباً كقرض وقيمة متلف ، أو منفعة كالعمل في إجارة الذمة كالأجير المشترك الذي استؤجر لحياطة ثوب وبناء دار ، وحمل معلوم إلى موضع معين ، لإمكان استيفاء المنفعة ببيع المرهون وتحصيلها من ثمنه ، فإذا لم يقم الأجير بفعل المنفعة المستأجر عليها ، يبيع الرهن ، واستؤجر منه من يعمل العمل المأجور عليه ، وذلك خلافاً للحنفية ، أما إجارة العين فلا يصح الرهن بها ، لتعذر استيفاء المرهون به من غير المعين ، وإن يبيع المرهون .

ويترتب على اشتراط الدين ألا يصح الرهن عند الشافعية بالأعيان المستعارة أو المغصوبة . وأجاز الحنابلة أخذ الرهن على عين مضمونة كالغصوب والعواري ، والمقبوض على سوم الشراء ، والمقبوض بعقد فاسد ، لأنهم قالوا : يصح الرهن بكل دين واجب أو ماله إلى الوجوب ، كثن في مدة الخيار .

ولا يصح عند الشافعية والحنابلة الرهن بدين لم يثبت بعد ، وهو الدين الموعود به خلافاً للحنفية .

ولا فرق في الدين بين أن يكون مستقراً ، كدين القرض ، وثن المبيع المقبوض ، أو غير مستقر ، كثن المبيع قبل قبضه ، والأجرة قبل الانتفاع في إجارة العين ، والصداق قبل الدخول . أما الأجرة في إجارة الذمة فلا يصح الرهن بها لعدم لزومها في الذمة ، إذ يلزم قبضها في مجلس العقد قبل التفرق ، فهي كرأس مال السلم .

٢- أن يكون الدين لازماً في الحال أو آيلاً إلى اللزوم : فيصح الرهن بالثن بعد لزوم البيع ، كما يصح أثناء مدة الخيار قبل لزوم العقد ؛ لأن العقد آيل إلى اللزوم بعد انتهاء مدة الخيار .

(١) نهاية المحتاج : ٢٦٤/٣ ، مغني المحتاج : ١٢٦/٢ وما بعدها ، البجيري على الخطيب : ٦٠/٣ ، كشف القناع :

ولا يصح الرهن بدين أو نجوم الكتابة ، ولا يجعل الجعالة قبل الفراغ من العمل ، لعدم لزوم الدين ؛ لأن للعبد المكاتب ، أو المجعول له أن يفسخ العقد متى شاء ، فيتنافى ذلك مع معنى الرهن : وهو التوثق .

٣- أن يكون الدين معلوماً أو معيناً قدره وصفته للعاقدين : فلو جهلاه أو جهله أحدهما ، أو رهن بأحد الدينين ، لم يصح الرهن .

وأما الملكية^(١) فقالوا : يصح الرهن في المرهون فيه : وهو جميع الحقوق من بيع أو سلف أو غيرها ، إلا بدل الصرف ورأس مال السلم . واشتروطا في المرهون فيه أن يكون ديناً فلا يصح الرهن بالأمانة من وديعة أو مضاربة ، وأن يكون في الذمة فلا يصح الرهن بالمعين ومنفعته^(٢) ، وأن يكون لازماً أو آيلاً للزوم ، فلا يصح الرهن في نجوم الكتابة .

المطلب الرابع - شروط المال المرهون :

المرهون : مال حبس لدى المرتهن لاستيفاء الحق الذي رهن به . فإذا كان المرهون من جنس الحق ، أخذ الحق منه ، وإن كان من غير جنسه بيع واستوفي الحق من ثمنه ، إن أدى البيع إلى الاستيفاء ، كأن يكون الدين نقوداً (دنانير أو ليرات مثلاً) والمرهون من الأموال القيمية ، وإلا كان الوفاء من طريق المعاوضة ، كأن يكون الدين حنطة ، والرهن نقوداً أو مالاً مثلياً من غير النقود .

ولذا اتفق الفقهاء على أنه يشترط في المرهون ما يشترط في المبيع حتى يمكن

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٢٣ ، الشرح الكبير والدسوقي : ٢٤٥/٣ .

(٢) مثال الرهن في شيء معين : أن يبيع شخص دابة معينة ، ويأخذ المشتري من البائع رهناً على أنها إن استحقت أو ظهر بها عيب ، أتى له بعينها من ذلك الرهن . ومثال منفعة المعين : أن يؤجر إنسان سيارة بعينها ، على أن يدفع المستأجر رهناً فإن تلفت أو استحقت أتى له بعينها ، ليستوفي العمل منها ، وكل من المثالين مستحيل عقلاً فلا يجوز شرعاً ، لكن يصح الرهن بقيمة العين أو قيمة المنفعة .

بيعه ، لاستيفاء الدين منه^(١) .

وطريقة البيع عند الحنفية تم بإذن الحاكم إذا كان الراهن غائباً ، لا يعرف موته ولا حياته . أما إن كان حاضراً ، فيجبر على بيع المرهون ، فإذا امتنع ، باعه القاضي ، أو نائبه ، وأوفى المرتهن حقه^(٢) .

وشروط المرهون عند الحنفية^(٣) : أن يكون مالاً متقوماً ، معلوماً ، مقدور التسليم ، مقبوضاً ، محازاً ، فارغاً عما ليس بمرهون ، منفصلاً ، متميزاً عنه ، عقاراً كان أو منقولاً ، مثلياً كان أو قيمياً . وتفصل هذه الشروط تباعاً :

أ- أن يكون المرهون قابلاً للبيع : وهو أن يكون موجوداً وقت العقد ، مقدور التسليم ، فلا يجوز رهن ما ليس بوجوده عند العقد ، ولا رهن ما يحتمل الوجود والعدم ، كما لو رهن ما يثمر شجره هذا العام ، أو ما تلد أغنامه هذه السنة ، أو رهن الطير الطائر ، والحيوان الشارد ، ونحوه ، مما لا يتأتى استيفاء الدين منه ولا يمكن بيعه .

رهن الثمر أو الزرع الأخضر قبل بدو صلاحه : هذا الشرط متفق عليه بين أغلب الفقهاء ، فهو رأي الحنفية ، والشافعية في الأظهر ، وظاهر الروايات عند المالكية كما حقق الدسوقي ، وفي وجهه عند الحنابلة . فلا يجوز عندهم رهن الثمر قبل بدو صلاحه ، ولا الزرع الأخضر من غير شرط القطع ، لأنه لا يجوز بيعه ، فلا يصح رهنه ، كسائر ما لا يجوز بيعه^(٤) .

(١) المغني : ٣٣٧/٤ .

(٢) رد المحتار : ٣٥٧/٥ .

(٣) البدائع : ١٣٥/٦ - ١٤٠ ، الدر المختار : ٣٤٠/٥ ، ٣٤٨ ، ٣٥١ ، تكملة الفتح : ١٩٣/٨ ، ٢٠٨ ، اللباب : ٥٤/٢ وما بعدها ، ٥٧ .

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢٣٣/٣ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢٦٩/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٢٣ ،

المغني : ٣٤٣/٤ ، مغني المحتاج : ١٢٤/٢ ، كشاف القناع : ٣١٥/٣ ، المهذب : ٣٠٩/١ .

وقال ابن القاسم وابن الماجشون المالكيان ، والحنابلة في الأصح عندهم : يستثنى من قاعدة : « ما لا يصح بيعه لا يصح رهنه » : رهن الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع ، ورهن الزرع الأخضر بلا شرط القلع ، ورهن الشارد والضال من الحيوان ؛ لأن النهي عن البيع ، إنما كان لعدم الأمن من العاهة أو للغرر والخطر ، ولهذا أمر الشرع بوضع الجوائح ، وهذا المعنى مفقود في الرهن ؛ لأن الدين في ذمة المدين الراهن ، والغرر أو الخطر قليل في الرهن ، لأنه إذا تلف المرهون لا يضيع حق المرتهن من الدين ، وإنما يعود الحق إلى ذمة الراهن . وإذا لم يتلف المرهون بأن أدرك الزرع ، وأثمر الثمر ، وعاد الضال ، تحققت منفعة المرتهن ، فيباع متى حل الحق ، ويؤخر البيع متى اختار المرتهن . وعليه يجوز عند بعض المالكية ، والحنابلة ارتهان ما لا يحل بيعه في وقت الارتهان ، ولا يباع إلا إذا بدا صلاحه ، وإن حل أجل الدين .

٢- أن يكون مالاً : فلا يصح رهن ما ليس بمال ، كالهيئة ، وصيد الحرم والإحرام ، لأنه ميتة لا يحل تناوله .

رهن المنفعة : ولا يصح أيضاً رهن المنفعة عند الفقهاء ، كأن يرهن سكنى داره مدة شهر أو أكثر^(١) لأنها عند الحنفية ليست بمال عندهم ، وعند غير الحنفية : ليست مقدورة التسليم ، لأنها وقت العقد غير موجودة ، ثم إذا وجدت فنيت^(٢) ، ووجد غيرها ، فلا يكون لها استقرار ولا ثبوت ، فلا يمكن تسليمها ولا وضع اليد عليها ، ولا بقاؤها إلى حلول أجل الدين أو وقت الاستيفاء . لكن امتناع رهن المنفعة عند الشافعية هو في حالة الابتداء ، فيجوز جعل المنفعة مرهوناً بلا إنشاء الرهن ، كما لو مات الشخص عن المنفعة وعليه دين .

(١) عبارة الحنابلة : لا يصح ذلك ، لأن مقصود المرتهن استيفاء الدين من ثمن المرهون ، والمنافع تهلك إلى حلول الحق (المغني : ٣٥٠/٤ ، كشاف القناع : ٣٠٧/٣) .

(٢) عبارة الشافعية في ذلك هي : لا يصح رهن منفعة جزماً ، لأن المنفعة تلف فلا يحصل بها استيثاق (مغني المحتاج : ١٢٢/٢ ، حاشية الباجوري : ١٢٤/٢) .

٣- أن يكون متقوماً: أي يباح الانتفاع به شرعاً بحيث يمكن استيفاء الدين

منه .

رهن الخمر والخنزير: بناء على هذا الشرط: لا يصح للمسلم أن يرهن خمراً أو خنزيراً، ولا أن يرهنها من مسلم أو ذمي؛ لأن الرهن إيفاء الدين، والارتهان استيفاء، ولا يجوز للمسلم إيفاء الدين من الخمر ونحوه، ولا استيفاءه .

ولو رهن المسلم خمراً ونحوه عند ذمي، لم يضمنها هذا للمسلم، كما لا يضمنها بالغصب منه لعدم ماليتها .

ولو كان الراهن للخمر هو الذمي عند مسلم، فعليه عند الحنفية ضمانها للذمي، كما يضمنها بالغصب منه؛ لأنها مال بالنسبة للذمي، والتقى الدينان حينئذ قصاصاً أو مقاصة .

ويصح لأهل الذمة رهن الخمر والخنزير، وارتهاها بينهم؛ لأن كلاً منها مال متقوم في حقهم، كالخل والشاة عندنا .

٤- أن يكون معلوماً: كما يشترط في المبيع أن يكون معلوماً .

رهن المجهول: وعليه فكل ما صح بيعه مع نوع من الجهالة، يصح رهنه، وما لا يصح بيعه للجهالة، لا يصح رهنه . والعلم المشترط في المبيع: هو ما يرتفع به النزاع، أو هو ما لا يقع منه نزاع في العادة .

فلو قال الراهن: رهنتك هذا المنزل بما فيه، وقبل المرتهن، وتسلم المنزل، صح الرهن عند الحنفية، لصحة بيعه، على هذا الوضع . ولم يصح عند الشافعية والحنابلة^(١)، لعدم صحة بيعه على هذا الوضع، لجهالة ما يحويه .

(١) المهذب: ٣٠٩/١، ٢٦٣، المغني: ٣٤٨/٤، الدر المختار: ٣٥٦/٥، الشرح الكبير: ٢٣١/٣ .

ولو قال : رهنتك أحد هذين البيتين ، صح عند الحنفية^(١) ، لصحة بيعه على أن يكون للمرتهن خيار التعيين . ولم يصح عند الشافعية والحنابلة ، لعدم التعيين^(٢) .

ولو دفع الراهن للمرتهن ثوبين ، وقال له : خذ أيهما شئت رهناً بدينك ، فأخذهما ، لم يكن واحد منهما رهناً ، قبل أن يختار أحدهما ، لأنه إنما رهن ما يختاره المرتهن منها ، ففيما قبل الاختيار يكون المرهون غير معلوم ، وبعده يكون معلوماً ، فيصح الرهن .

ولو هلك الثوبان ، ذهب نصف قيمة كل منهما بالدين ، إن ساوى الدين قيمة أحدهما .

٥- أن يكون مملوكاً للراهن : وهذا ليس شرطاً لجواز أو صحة الرهن ، وإنما هو عند الحنفية شرط لنفاذ الرهن ، وبه يعرف حكم رهن مال الغير .

فيجوز رهن مال الغير بغير إذن بولاية شرعية كالأب والوصي ، يرهن مال الصبي بدينه ، وبدين نفسه . ويجوز رهن مال الغير بإذنه ، كالمستعار من إنسان ليرهنه بدين على المستعير . فإن لم يكن هناك إذن من المالك بالرهن ، كان الرهن كالبيع موقوفاً على الإجازة ، فإن أجاز نفذ ، وإلا بطل .

وقال الشافعية والحنابلة^(٣) : لا يصح رهن مال الغير بغير إذنه ، لأنه لا يصح بيعه ، ولا يقدر على تسليمه ، ولا على بيعه في الدين ، فلم يجز رهنه ، كالطير الطائر ، والحيوان الشارد . فإن رهن شيئاً يظنه لغيره ، ثم تبين أنه لأبيه ، وأنه قد مات ، وصار ملكاً له بالميراث ، صح الرهن عند الحنابلة وفي وجهه عند الشافعية ، إذ العبرة في المعاملات بما في نفس الأمر .

(١) الدر المختار : ٣٥٦/٥ ، ٦١/٤ ، البدائع : ١٥٧/٥ .

(٢) المرجعان السابقان عند الشافعية .

(٣) المهذب : ٣٠٨/١ ، كشاف القناع : ٣١٥/٣ .

والمنصوص عند الشافعية: أن العقد باطل، لأنه عَقِد، والعاقد لاعب، فلم يصح.

فإن استعار الراهن الشيء ليرهنه، جاز عند أئمة المذاهب اتفاقاً^(١)؛ لأنه بالاستعارة يقبض ملك غيره لينتفع به وحده من غير عوض. وهو شأن الإعارة، فهي جائزة لتحصيل منفعة واحدة من منافع العين المستعارة.

٦- أن يكون مفرغاً أي غير مشغول بحق الراهن، فلا يصح رهن النخل المشغول بالثمرة بدون الثمر، ولا الأرض المشغولة بالزرع بدون الزرع، ولا الدار المشغولة بأمتعة الراهن بدون الأمتعة ونحوها. أما رهن الشاغل كحمل السيارة ومتاع الدار، غير المتصل بالمشغول، فجائز رهنه.

٧- أن يكون محوزاً^(٢) أي مجموعاً منفصلاً، لامتفرقاً متصلاً بغيره، فلا يجوز رهن الثمر على شجر بدون الشجر، والزرع في الأرض بدون الأرض، إذ لا يمكن حيازة الثمر أو الزرع بدون الشجر أو الأرض.

٨- أن يكون متميزاً: أي غير مشاع، فلا يجوز رهن نصف دار أو ربع سيارة، ولو من الشريك.

والسبب في اشتراط التفرغ، والحيازة، والتميز: هو أن القبض شرط لازم لاشتراط صحة في الرهن، والقبض متعذر مع وجود هذه الموانع. فإذا قبض الرهن مفرغاً محوزاً متميزاً، تم العقد فيه ولزم، ومالم يقبضه المرتهن، فالراهن بالخيار: إن شاء سلمه، وإن شاء رجع عن الرهن، كما في الهبة؛ لأن الرهن كالهبة عقد تبرع غير لازم إلا بالقبض. وبه يظهر أن هذه الشروط الثلاثة هي في الواقع العناصر التي يتحقق بتوافرها قبض المرهون.

(١) بداية المجتهد: ٢٦٩/٢، تبيين الحقائق: ٨٨/٦

(٢) المحوز: من الحوز: وهو الجمع وضم الشيء

المطلب الخامس - شرط تمام الرهن - قبض المرهون :

اتفق الفقهاء في الجملة على أن القبض شرط في الرهن ، لقوله تعالى : ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ ، واختلفوا في تحديد نوع الشرط ، هل هو شرط لزوم ، أو شرط تمام ؟ وفائدة الفرق : أن من قال : شرط لزوم ، قال : ما لم يقع القبض ، لم يلزم الراهن بالرهن ، وله أن يرجع عن العقد . ومن قال : شرط تمام ، قال : يلزم الرهن بالعقد ، ويجبر الراهن على الإقباض ، إلا أن يتراخى المرتهن عن المطالبة حتى يفلس الراهن أو يمرض أو يموت ^(١) .

١ - فقال الجمهور غير المالكية ^(٢) : القبض ليس شرط صحة وإنما هو شرط لزوم الرهن ، فلا يلزم الرهن إلا بالقبض ، فما لم يتم القبض يجوز للراهن أن يرجع عن العقد ، وإذا سلمه الراهن للمرتهن وقبضه ، لزم الرهن ، ولم يجز للراهن أن يفسخه وحده بعد القبض .

ودليلهم قوله تعالى : ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ فلو لزم بدون القبض ، لم يكن للتقييد به فائدة فقد علقه سبحانه بالقبض فلا يتم إلا به ، ولأن الرهن عقد تبرع أو إرفاق (أي نفع) يحتاج إلى القبول ، فيحتاج إلى القبض ليكون دليلاً على إتمام العقد وعدم الرجوع ، فلا يلزم إلا بالقبض كالهبة والقرض .

٢ - وقال المالكية ^(٣) : لا يتم الرهن إلا بالقبض أو الحوز ، فهو شرط تمام الرهن أي لكامل فائدته ، وليس شرط صحة أو لزوم ، فإذا عقد الرهن بالقول (الإيجاب والقبول) لزم العقد ، وأجبر الراهن على إقباضه للمرتهن بالمطالبة به . فإن تراخى المرتهن في المطالبة به ، أو رضي بتركه في يد الراهن ، بطل الرهن .

(١) بداية المجتهد : ٢٧٠/١ وما بعدها

(٢) الدر المختار : ٢٤٠/٥ وما بعدها ، البدائع : ١٢٧/٦ ، اللباب : ٥٤/٢ وما بعدها ، مغني المحتاج : ١٢٨/٢ ،

المهذب : ٣٠٥/١ وما بعدها ، كشاف القناع : ٢١٧/٣ ، المغني : ٣٢٨/٤

(٣) بداية المجتهد : ٢٧١/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٢٢ وما بعدها ، الشرح الصغير : ٢١٢/٣

ودليلهم : قياس الرهن على سائر العقود المالية اللازمة بالقول ، لقوله تعالى : ﴿أوفوا بالعقود﴾ والرهن عقد فيجب الوفاء به . كما أن الرهن عقد توثق كالكفالة ، فيلزم بمجرد العقد قبل القبض .

وبناء على اشتراط القبض : لو تعاقد الراهن والمرتهن على أن يكون الرهن في يد الراهن ، لم يصح الرهن . فلو هلك الرهن في يده لا يسقط الدين ، ولو أراد المرتهن أن يقبضه من يد الراهن ليحبسه رهناً ، ليس له قبضه ، إذ لا يصير الرهن صحيحاً بعد فسادهِ^(١) .

كيفية القبض أو ما يتحقق به القبض :

اتفق الفقهاء على أن قبض العقار يكون بالتسليم الفعلي أو بالتخلية أي رفع المانع من القبض أو التمكن من إثبات اليد بارتفاع الموانع ، فيُخلى بين المرتهن والمرهون ، ويمكن من إثبات يده عليه .

أما قبض المنقول : ففي ظاهر الرواية عند الحنفية^(٢) : أنه يكفي فيه بالتخلية ، فإذا حصلت ، صار الراهن مسلماً ، والمرتهن قابضاً ؛ لأن التخلية تعتبر إقباضاً في العرف والشرع ، أما في العرف : فلأنه لا يكون في العقار إلا بها ، فيقال : هذه الأرض أو الدار في يد فلان ، فلا يفهم منه إلا التخلي : وهو التمكن من التصرف .

وأما في الشرع : فإن التخلية تعتبر إقباضاً في البيع بالإجماع من غير نقل أو تحويل . وهذا الرأي هو المعقول تمثيلاً مع طبيعة التعامل وسرعته .

وقال أبو يوسف : لا تكفي التخلية في المنقول ، وإنما يشترط فيه النقل والتحويل ، فما لم يوجد لا يصير المرتهن قابضاً ؛ لأن القبض ورد مطلقاً في الآية :

(١) البدائع : ٦ / ١٣٧

(٢) البدائع : ٦ / ١٤١ ، الدر المختار : ٥ / ٣٤١ ، تكملة الفتح : ٨ / ١٩٣ ، تبين الحقائق : ٦ / ٦٣ ، اللباب : ٢ / ٥٤

﴿ فرهان مقبوضة ﴾ فينصرف إلى القبض الحقيقي ، وهو لا يتحقق إلا بالنقل ، أما التخلية فالذي يتحقق بها قبض حكمي ، فلا يكتفى فيه . ثم إن قبض الرهن يترتب عليه إنشاء ضمان على المرتهن لم يكن ثابتاً قبل العقد ، فلا بد فيه من تمام النقل بالقبض ليحدث الضمان ، كالشأن في الغصب ، بخلاف البيع فإن الذي يترتب عليه إنما هو نقل الضمان من البائع للمشتري ، فيكتفى فيه بالتخلية . لكن يلاحظ أن هذا الفرق بين الرهن والبيع لا تأثير له .

ويتفق الشافعية والحنابلة^(١) مع أبي يوسف : فإنهم قالوا : المراد بالقبض هو القبض المعهود في البيع ، فقبض الرهن كقبض البيع ، فإن كان عقاراً أو مما لا ينقل كالدور والأرضين ، يكون قبضه بالتخلية أي تخلية راهنه بينه وبين المرتهن من غير حائل . وذلك ينطبق على الثمر على الشجر والزرع في الأرض وإن كان منقولاً ، فقبضه يكون بنقله أو تناوله ، أي أخذه إياه من راهنه فعلاً .

فإن كان كالحلي فيتم قبضه بنقله ، وإن كان كالدراهم والثوب ، فيتم نقله بتناوله ، وإن كان مكياً أو موزوناً ، فقبضه يكون بكيله أو وزنه . وإن كان مذروعاً ، فقبضه بذرعه ، وإن كان معدوداً فقبضه بعده . ويعتبر العرف المتعارف في المذكور كله .

الرهن الرسمي للعقار أو ما ينوب مناب القبض : الظاهر أن المقصود من قبض الرهن هو تأمين الدائن المرتهن ، وإلقاء الثقة والطمأنينة لديه ، بتكينه من حبس المرهون تحت يده ، حتى يستوفي منه دينه ، وليس المقصود من اشتراط القبض هو التعبد أي تنفيذ المطلوب بدون معنى .

وقياساً عليه : يصح أن يقوم مقام القبض كل وسيلة تؤدي إلى تأمين الدائن ، ومنها ما أحدثه القانون المدني من الرهن الرسمي في العقار بوضع إشارة الرهن في

(١) معني المحتاج : ١٢٨/٢ ، المغني : ٣٢٨/٤ ، كشاف القناع : ٣١٨/٣

صحيفة العقار في دائرة التسجيل العقاري ، فهو محقق لحفظ المرهون وبقائه ضماناً للدائن ، وتأميناً لمصلحته ، فيقوم هذا مقام القبض المطلوب شرعاً . وهذا ما أقره المالكية من جواز الرهن الرسمي ، بالإضافة لمشروعية الرهن الحيازي المتفق عليه بين الفقهاء .

شروط القبض :

يشترط لصحة القبض ما يأتي :

أولاً- أن يكون بإذن الراهن : اتفق الفقهاء^(١) على أنه لا بد لصحة القبض من إذن الراهن بالقبض ، إذ به يلزم الرهن ، ويسقط حق الراهن في الرجوع عن الرهن . فإن تعدى المرتهن ، فقبضه بغير إذن ، لم يثبت حكمه وكان بمنزلة من لم يقبض رهناً . وإن أذن الراهن في القبض ، ثم رجع عن الإذن قبل القبض ، زال حكم الإذن . أما رجوعه بعد القبض فلا يؤثر .

وإذا قبض المرتهن شيئاً بغصب ، ثم أقره الموصوب منه في يده رهناً ، فقال مالك : يصح أن ينقل الشيء من ضمان الغصب إلى ضمان الرهن ، فيجعل الموصوب منه الشيء الموصوب رهناً في يد الغاصب قبل قبضه منه .

وقال الشافعي : لا يجوز ، بل يبقى على ضمان الغصب ، حتى يعود إلى الراهن ثم يأذن بقبضه ولا يبرأ الغاصب عن الضمان بارتها الموصوب منه .

والإذن نوعان : صريح ، ودلالة .

فالصريح : أن يقول الراهن : أذنت لك في القبض ، أو رضيت به ، أو يأمر المرتهن بقبض الرهن بأن يقول له : اقبض ، ونحوه ، سواء تم القبض في مجلس العقد ، أم بعده .

(١) البدائع : ١٣٨/٦ ، بداية المجتهد : ٢٦٩/٢ ، مغني المحتاج : ١٢٨/٢ ، المغني : ٢٣٢/٤ ، المهذب : ٣٠٥/١ وما بعدها .

والإذن دلالة أو ضمناً: أن يقبض المرتهن المال المرهون في مجلس العقد، والراهن ساكت، لا يعترض، فيصح قبضه؛ لأن الإيجاب بالرهن يدل على إرادة ترتب الأثر على العقد، ولا يترتب إلا بالقبض، فكان الإيجاب إذناً بالقبض ضمناً، في مجلس العقد، لابعده، إذ قد يتغير رأيه بعد انتهاء المجلس

وقياس قول زفر في الهبة: أنه لا بد من الإذن بالقبض صراحة، ولا يجوز القبض بعد الافتراق من مجلس عقد الرهن؛ لأن القبض ركن في نظره.

ثانياً- أن يكون كل من عاقد الرهن حين القبض أهلاً للعقد: بأن يكون عاقلاً بالغاً، غير محجور عليه لصغر، أو مجنون أو سفه، أو فلس عند مجيزي الإفلاس؛ لأن القبض هو المولد لآثار الرهن، فوجب فيه ما يجب للعقد. وهذا محل اتفاق بين أئمة المذاهب الأربعة^(١).

فإن جن أحد العاقدين بعد العقد، وقبل القبض، أو عته، أو مات، بطل العقد عند الحنفية لزوال أهلية العاقد قبل تمام العقد.

وقال الشافعية في الأصح والحنابلة: لا يبطل الرهن، كالبيع الذي فيه الخيار، ويقوم ولي المجنون أو المعتوه مقامه، كما يقوم الوارث مقام الميت المورث، وكذلك يقوم القيم على السفهيه مقامه لو حجر عليه لسفه، أما إن حجر عليه لفلس لم يكن له تسليم الرهن. وإن أغمى عليه، لم يكن للمرتهن قبض الرهن.

وقال المالكية: يبطل الرهن بموت الراهن أو جنونه أو إفلاسه، أو مرضه المتصل بموته قبل القبض. ولا يبطل بموت المرتهن، أو تفليسه، أو الحجر عليه للمجنون؛ لأن العقد تم بالقول، وفي إمضائه منفعة ظاهرة للمرتهن، فيقوم وارثه مقامه في القبض.

(١) البدائع: ١٣٥/٦، ١٤١، بداية المجتهد: ٢٦٨/٢، ٢٧١، مغني المحتاج: ١٢٢/٢، ١٢٩، المغني: ٢٢٨/٤ وما بعدها، الشرح الصغير: ٢١٦/٢، كشاف القناع: ٣١٩/٢، الشرح الكبير للدردير، ٢٤١/٢، المهذب: ٣٠٧/١

وإذا مرض الراهن مرض الموت قبل القبض ، لم يجز له عند الحنفية إقباض أو تسليم المرهون ، إذا كان ماله مستغرماً بالدين ، وله غرماء آخرون ، إذ ليس له أن يوفي بعض الغرماء ديونهم دون بعض ، لتعلق حقوقهم جميعاً حينئذ بماله ، إلا إذا رضي سائر الغرماء .

وهذا موافق لرأي المالكية أيضاً كما بينا .

وقال الشافعية في الأصح ، والحنابلة في قول : للمريض أن يخص بعض غرمائه بالوفاء ، ولو أحاط الدين بماله ؛ لأنه يؤدي ما وجب عليه ، فله إقباض الرهن . وقيل في المذهبين : ليس له تسليم الرهن .

ثالثاً - استدامة قبض الرهن : يشترط لصحة القبض عند الحنفية والمالكية والحنابلة^(١) دوام القبض ، فإن قبض الرهن ، ثم رده المرتهن باختياره إلى الراهن أو عاد إليه بإعارة أو ايداع أو إجارة أو استخدام أو ركوب دابة أو سيارة ، بطل الرهن عند المالكية والحنفية ، وزال لزوم الرهن وبقي العقد كأن لم يوجد فيه قبض عند الحنابلة ، فإن عاد الراهن فرده إلى المرتهن ، عاد اللزوم عند الحنابلة بحكم العقد السابق . وعند الحنفية والمالكية : لا يعود الرهن إلا بعقد جديد .

ودليلهم عموم قوله تعالى : ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ الذي يفهم منه اشتراط وجود القبض واستدامته .

وقال الشافعية^(٢) : ليس استدامة القبض فيما يمكن الانتفاع به مع بقاءه من شروط صحة القبض ، فلا يمنع القبض إعارة المرهون المران ، أو أخذ الراهن المرهون بإذن المرتهن ، واستعماله للركوب والسكنى والاستخدام ، ويبقى وثيقة بالدين ، لخير

(١) البدائع : ١٤٢/٦ ، بداية المجتهد : ٢٧١/٢ وما بعدها ، الشرح الكبير للدردير والدسوقي : ٢٤١/٣ وما بعدها ،

٢٤٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٤ ، المغني : ٣٣١/٤

(٢) المهذب : ٣١١/١ ، مغني المحتاج : ١٣٠/٢ ، ١٣١ ، ١٣٢

الدارقطني والحاكم : « الرهن مركوب ومحلوب » وخبر البخاري « الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً » ، ولأن الرهن عقد يعتبر القبض في ابتدائه ، فلم يشترط استدامته كالهبة .

وأما إذا كان المرهون مما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه ، لم يكن للراهن طلب استرداده للانتفاع به بعد قبضه ، ووجب استمرار يد المرتهن عليه ؛ إذ لا ضمان لحقه إلا بذلك ، حتى لا يتعرض حقه للضياع والتلف .

القبض السابق للرهن ، أو رهن ما في يد المرتهن :

إذا كان المرهون موجوداً في يد المرتهن بطريق الإعارة أو الايداع أو الإجارة أو الغصب ، فهل يكتفى بالقبض السابق على عقد الرهن عن قبض الرهن بعده ، فيصح العقد ويلزم بمجرد الإيجاب والقبول ، أم يلزم تجديد القبض المطلوب للرهن بعد العقد مرة أخرى ؟

فيه رأيان : رأي الجمهور ورأي الشافعية :

١ - قول الجمهور : يرى الحنفية والمالكية والحنابلة^(١) : أنه يكتفى بالقبض السابق عن قبض الرهن ، ولا حاجة لتجديد القبض .

أما الحنفية فقررُوا بالمناسبة مبدءاً ينطبق على الهبة والرهن ونحوهما . فقالوا : إن المرهون إذا كان مقبوضاً عند العقد ، فينوب عن قبض الرهن إذا تجانس القبضان ، بأن كان كل منهما مماثلاً للآخر في قوته ، وإذا اختلفا ناب الأعلى عن الأدنى .

وتوضيحه أن القبض كما بينا في الهبة نوعان : قبض أمانة ، وقبض ضمان . فقبض

(١) البدائع : ١٤٢/٦ ، ١٢٦/٥ وما بعدها ، الشرح الكبير للدردير : ٢٣٦/٣ ، المغني : ٢٣٤/٤ ، الشرح الصغير : ٣٠٩/٣ ، بداية المجتهد : ٢٦٩/٢ .

الأمانة كقبض الوديعة . وقبض الضمان كقبض الغصب ، والثاني أقوى من الأول .

فإذا تجانس القبضان : السابق واللاحق المطلوب ، أي أنها كانا من نوع واحد ، بأن كان كلاهما قبض أمانة أو قبض ضمان ، قام القبض الأول مقام القبض الثاني المطلوب . وقبض الرهن قبض أمانة^(١) ، وليس هناك حالة يكون فيها القبض أدنى من قبض الرهن .

فلو كان المال موجوداً بيد الدائن سابقاً على سبيل الإيداع أو الإعارة أو الإجارة ثم رهنه الراهن لدى الدائن ، لزم الرهن ، دون حاجة لتجديد قبض آخر ؛ لأن قبض الوديعة ونحوه وقبض الرهن متجانسان ، فكل منهما قبض أمانة ، فينوب أحدهما مناب الآخر .

ولو كان المال موجوداً بيد الدائن سابقاً بطريق الغصب ، فرهنه صاحبه لدى الغاصب بسبب علاقة دين من بيع أو قرض ، ناب قبض الغصب ؛ لأنه قبض ضمان أقوى ، عن قبض الرهن ؛ لأنه قبض أمانة أدنى ، والأعلى ينوب مناب الأدنى ، أو الأقوى ينوب مناب الأضعف .

وأما المالكية : فينوب عندهم أيضاً أي قبض سابق عن قبض الرهن ؛ لأن غرضهم من القبض هو الحيازة ، وهي متحققة . وقد نصوا على أنه يجوز رهن العين المستأجرة عند مستأجرها قبل انتهاء مدة الإجارة ، ورهن البستان عند العامل فيه بعقد المساقاة ، ويكفي حوزها السابق بالإجارة والمساقاة .

وأما الحنابلة فقالوا أيضاً : إذا ارتهن المرتهن ما في يده بطريق الإعارة أو

(١) أما أن الدين يسقط كله أو بعضه بهلاك المرهون فمعنى آخر : هو أن مالية المرهون تعتبر محبوسة لدى الدائن ضماناً لحقه ووفاء له من وجه ، بوضع يده على قيمة المرهون أو على بعضها ، فإذا هلك امتنع رد مالية المرهون إلى مالكة ، فيتقرر بذلك استيفاء دينه من المرهون ، فيسقط من الدين بقدر مالية المرهون . وعليه فإن ما يزيد من الرهن على الدين يهلك هلاك الأمانات ، لأنه ليس محبوساً على وجه الاستيفاء .

الإيداع أو الغصب ونحوه ، صح الرهن ، ولزم بالإيجاب والقبول ، من غير حاجة إلى أمر زائد عليها ، لثبوت يده حينئذ على المال المرهون ، ولم يشترط القبض إلا لإثبات اليد .

٢ - وقال الشافعية والقاضي أبو يعلى من الحنابلة^(١) : يكفي القبض السابق ، لكن لا يصير الشيء رهناً مقبوضاً حتى تمضي مدة يتأتى فيها قبضه فيها . فإن كان منقولاً ، فبمضي مدة يمكن نقله فيها ، وإن كان مكيلاً فبمضي مدة يمكن اكتياله فيها ، وإن كان غير منقول فبمضي مدة التخلية . وإن كان غائباً عن المرتهن ، لم يصرمقبوضاً حتى يوافيه هو أو وكيله ، ثم تمضي مدة يمكن قبضه فيها ؛ لأن العقد يفتقر إلى القبض ، والقبض إنما يحصل بفعله أو بإمكانه ، وهو لا يكون إلا في زمن .

والجمهور يقولون : إذا كانت يد المرتهن على المال المرهون قبل رهنه يد ضمان ، فإنها تنقلب يد أمانة بارتهاه ؛ لأن السبب المقتضي للضمان قد زال بالارتهاه ، فيزول أثره وهو الضمان بزوال سببه ، بدليل أن الضمان يزول برد المال إلى مالكه لزوال السبب المقتضي للضمان ، وسبب الضمان هو الغصب أو الاستعارة ، وبارتهاه المال لم يبق المرتهن غاصباً ولا مستعيراً ، فلا يبقى الحكم مع زوال سببه .

وقال الشافعية : تظل اليد السابقة إذا كانت يد ضمان كما هي . فإذا كان المال المرهون في يد المرتهن بطريق اغتصابه أو إعارته ، لا يبرئه ارتهاه عن الغصب^(٢) ، أو الإعارة ، لأنه لا منافاة بين الأمرين ، فلا منافاة بين يد الغرض منها التوثق وهي يد المرتهن - يد الأمانة ، وبين اعتبارها ضامنة ، بدليل أن المرتهن لو تعدى على

(١) المهذب : ٣٠٦/١ ، المغني : ٣٣٤/٤ ، مغني المحتاج : ١٢٨/٢ .

(٢) وإذا كان الارتهاه لا يبرئ الغاصب من الغصب ، فلو أبرأ المالك غاصباً من ضمان المغصوب الباقي ، لم يبرأ ، لأن الأعيان لا يبرأ منها ، إذ الإبراء إسقاط ما في الذمة أو تملكه ، وكذا لو أبرأه عن ضمان ما يثبت في ذمته بعد تلفه ، لأنه إبراء عما لم يجب . وكذلك لو أجره المغصوب ، أو ضاربه به ، أو وكله في التصرف فيه ، لم يبرأ ، كالارتهاه .

المرهون ، ضمنه ، مع بقاء الرهن ، بدليل اختصاصه بضمانه دون باقي الغرماء . وإذا كان عقد الرهن لا يبطل أو لا يرتفع بالضمان ، بل يبقى معه ، فلا يرفع الضمان الرهن ابتداء من طريق أولى .

لكن إيداع الشيء عند الغاصب يبرئه عن الغصب في الأصح ؛ لأن الإيداع ائتمان ، وهو يتنافى بالضمان ، بدليل أنه لو تعدى في الوديعة لم يبق أميناً ، بخلاف الرهن .

من يتولى قبض الرهن :

يتولى قبض الرهن المرتهن أو وكيله . ولا يصح أن يكون وكيله هو الراهن ؛ لأن المقصود من القبض تأمين المرتهن ، ولا يتم القبض مع بقاء الرهن في يد الراهن . ويجوز أن يتفق الراهن والمرتهن على أن يوضع الرهن عند شخص يختارانه ، فيقبضه ويحفظه عنده ، ويسمى بالعدل ، لأن الراهن قد يكره وضعه عند المرتهن ، والمرتهن قد يكره وضعه عنده ، خوف الضمان إذا تلف ، أو لسبب آخر^(١) .

العدل - تعيينه ، عزله ، ما له وما عليه أو أحكامه .

تعيين العدل : العدل : هو الذي يثق الراهن والمرتهن بكون الرهن في يده^(٢) ، لحفظه وحيازته . ويعتبر نائباً عن الراهن والمرتهن جميعاً . أما الراهن فلقيامه على حفظ المرهون باختيار الراهن وثقته به واطمئنانه إلى أمانته . وأما المرتهن فيعد العدل وكيلاً عنه في القبض ، برضا المرتهن ، بل إنه يعد احتباسه للرهن استيفاء للدين من وجه .

فللعدل أو الأمين صفتان : صفة الأمانة ، باعتباره نائباً عن الراهن المالك ، فهو

(١) الشرح الصغير : ٣٢١/٣ .

(٢) حاشية الشلي على تبين الحقائق : ٨٠/٦ .

وديعة في عين المرهون . وصفة الضمان ، باعتباره نائباً عن المرتهن ، فهو وديعة في مالية المرهون .

وبما أن العدل وكيل عن الراهن والمرتهن ، فيشترط فيه ما يشترط في الوكيل^(١) ، فلا يكون صغيراً غير مميز ، ولا مجوراً عليه لجنون أو عته عند جميع الفقهاء ، كما لا يكون صبيّاً مميّزاً ولا مجوراً عليه لسفه عند الجمهور غير الحنفية . ولا يصلح المدين المكفول عنه أن يكون عدلاً في رهن يقدمه كفيله ؛ لأنه يكون عاملاً لنفسه ، والشريك لا يصلح عدلاً في رهن يقدمه شريكه ، ورب المال في المضاربة لا يصلح أن يكون عدلاً في رهن يقدمه المضارب في دين للمضاربة ؛ لأن يده كيد المضارب .

ولو اتفق عاقدا الرهن على أن يكون العدل هو الراهن : فإن كان الاتفاق قبل قبض المرتهن ، لم يصح الرهن اتفاقاً لوجود شرط فاسد لحق العقد . وإن كان الاتفاق بعد قبض المرتهن الرهن ، فهو جائز عند الشافعية^(٢) ، إذ لا يشترط عندهم استدامة قبض الرهن لدى المرتهن ، ولا يصح الرهن عند غير الشافعية .

ويحصل تعيين العدل باتفاق الراهن والمرتهن ، سواء قبل أن يقبضه المرتهن ، أو بعد قبض المرتهن ، إذ قد تدعو الحاجة إليه ، كأن يأبى الراهن أن يكون الرهن في يد الدائن ؛ لأنه لا يثق به ، أو لا يطمئن إلى حفظه ، أو يخشى عليه منه ، وهو في حاجة إليه .

وإذا قبض العدل الرهن ، صح قبضه ، ولزم الرهن به عند جمهور الفقهاء ؛ لأنه قبض في عقد ، فجاز فيه التوكيل ، كسائر أنواع القبض ، وكان العدل وكيلاً عن

(١) البدائع : ١٥٠/٦ ، المغني : ٣٥١/٤ ، مغني المحتاج : ١٣٣/٢ .

(٢) مغني المحتاج : ١٣٣/٢ وما بعدها .

المرتهن في القبض ، بالنسبة لمالية الرهن بصفة الضمان ، وإن كان وكيلاً أيضاً عن الراهن بالنسبة لعين الرهن ، بصفة الأمانة ، ويد الضمان غير يد الأمانة .

وقال بعضهم كابن أبي ليلى وزفر وقتادة : لا يصح قبض العدل ؛ لأن القبض من تمام العقد ، فوجب أن يقوم به أحد العاقدين ، وهو المرتهن ، كالقبول والإيجاب^(١) .

ويجوز لعاقدي الرهن أن يجعل المرهون في يد عدلين ، فيحفظانه معاً ، ولا ينفرد أحدهما بحفظه ، وإن سلمه أحدهما إلى الآخر ، كان ضامناً لنفسه : وهو القدر الذي تعدى فيه ، وهذا عند الحنابلة ، والأصح عند الشافعية^(٢) ؛ لأن المتراهنين لم يرضيا إلا بحفظهما ، فلم يجز لأحدهما الانفراد بالحفظ ، ويجعلانه في مخزن لكل واحد منهما مفتاح .

وقال أبو حنيفة : إن كان مما ينقسم اقتسامه ، وإلا فلكل واحد منهما إمساك جميعه ؛ لأن اجتماعها على حفظه يشق عليها .

وقال صاحبان : إذا رضي أحدهما بإمساك الآخر ، جاز .

عزل العدل : ينعزل العدل في الأحوال التالية^(٣) :

١- الاستقالة : إذا استقال العدل ، ورد الرهن إلى العاقدين ، انتهت وكالته ، لأنه أمين متطوع بالحفظ . فلا يلزمه الاستمرار عليه . فإن امتنع رفع أمره إلى القاضي ، فأجبرها على قبول استقالته ، أو دفعه إلى عدل آخر .

٢- إنهاء ولايته : إذا اتفق العاقدان على عزل العدل ، أو تغييره ، أو أن يكون

(١) المغني : ٣٥١/٤ ، مغني المحتاج : ١٣٢/٢ ، المهذب : ٣١٠/١ ، تكملة الفتح : ٢٢٠/٨ ، تبين الحقائق : ٨٠/٦ .

الدر المختار : ٣٥٧/٥ ، الشرح الصغير : ٣٢١/٣ .

(٢) المغني : ٣٥٢/٤ ، مغني المحتاج : ١٣٤/٢ ، المهذب : ٣١٠/١ .

(٣) البدائع : ١٥١/٦ ، المغني : ٣٥٢/٤ وما بعدها ، ومغني المحتاج : ١٣٤/٢ وما بعدها ، المهذب : ٣٠٧/١ .

بيد المرتهن ، انعزل العدل ؛ لأنه وكيل عنها جميعاً . فإن لم يتفقا رفع الأمر إلى القاضي ليرى رأيه ، فإن شاء غيره ، وإن شاء أبقاه .

٢- بيع الرهن وتسديد دين المرتهن من ثمنه .

٤- موت الراهن ، لأ موت المرتهن ، في ظاهر الرواية عند الحنفية ، فإذا توفي الراهن ، وكان تعيين العدل متأخراً عن عقد الراهن ، انعزل العدل ؛ لأنه في هذه الحالة وكيل ، وتنتهي الوكالة بموت الموكل . أما إذا مات المرتهن فلورثته عند الحنفية إمساك الرهن ؛ لأن الدين قد انتقل إليهم بوثيقته ، فينتقل إليهم حق إمساكه .

أما إذا كان تعيين العدل في عقد الرهن ، فلا ينعزل بموت الراهن ، ولا بموت المرتهن ؛ لأن تعيين العدل تابع للرهن ، والرهن لا يبطل بموت أحد العاقدين ، فلا ينعزل العدل الذي هو تابع . وقال الحنابلة والشافعية^(١) : ينعزل العدل بموت الراهن ؛ لأنه وكيله ، ولا ينعزل بموت المرتهن ؛ لأنه ليس وكيله .

٥- موت العدل : إذا توفي العدل لم يكن لورثته حق إمساك الرهن إلا إذا اتفق العاقدان على ذلك .

٦- جنون العدل : إذا جن العدل جنوناً لا ينتظر برؤه منه ، انعزل به . أما إذا كان يرجى شفاؤه منه فلا ينعزل به .

٧- عزل الراهن العدل : ينعزل العدل عند الشافعية والحنابلة^(٢) بعزل الراهن له ، سواء اشترط تعيينه في عقد الرهن ، أم بعده لأنه وكيله . ولا ينعزل عندهم بعزل المرتهن ؛ لأنه ليس وكيله ، كما هو الحكم في موت الراهن .

وقال الحنفية^(٣) : إذا كان تعيين العدل عقب الرهن ، فللراهن عزله ، ولا ينعزل

(١) المغني : ٣٥٤/٤ .

(٢) المغني : ٣٥٣/٤ .

(٣) البدائع : ١٥١/٦ .

فما إذا كان التعيين في نفس عقد الرهن . وقال مالك : لا ينزل العدل بعزل الراهن ؛ لأن وكالته صارت من حقوق الرهن ، فلم يكن للراهن إسقاطه كسائر حقوقه .

والخلاصة : أن موت الراهن وعزله العدل ، ينزل به العدل عند الشافعية والحنابلة ؛ لأن الوكالة عقد جائز غير لازم ، فلا يجبر الراهن على إبقائها .

وقال الحنفية : ينزل في تعيين متأخر عن الرهن ، ولا ينزل في تعيين مقترن بالرهن .

وقال المالكية : لا ينزل . واتفقوا على أن العدل لا ينزل بعزل المرتهن له ولا بموته ؛ لأنه وكيل الراهن ، إذ الرهن ملكه ، ولو انفرد بتوكيله صح ، فلم ينزل بعزل غيره .

أحكام العدل أو ماله وما عليه :

للعدل حقوق وواجبات هي ما يأتي^(١) :

١- يجب على العدل أن يحفظ الرهن ، كما يحفظ ماله . فيحفظه بنفسه أو بواسطة من يحفظ ماله عنده ؛ لأنه في الحفظ بحكم الوديع .

٢- وعليه أن يقيه تحت يده ، فليس له أن يدفعه إلى الراهن أو إلى المرتهن إلا بإذن الآخر ، لاتفاقها على وضع الرهن تحت يده ، وعدم رضا كل منهما عن حفظ الآخر له . وليس للمرتهن ولا للراهن أخذ الرهن من يد العدل ؛ لأن لكل منهما حقاً في الرهن ، فحق الراهن في الحفظ ، وحق المرتهن في الاستيفاء ، ولا يملك أحدهما إبطال حق الآخر .

(١) البدائع : ١٤٨/٦ وما بعدها ، تبين الحقائق : ٨٠/٦ وما بعدها ، تكملة الفتح : ٢٢١/٨ وما بعدها ، الدر المختار : ٣٥٨/٥ وما بعدها ، اللباب : ٥٧/٢ ، الشرح الصغير : ٢٢١/٣ ، مغني المحتاج : ١٢٤/٢ وما بعدها ، المغني : ٣٥٢/٤ وما بعدها .

ولو دفعه العدل إلى أحدهما من غير رضا صاحبه ، فلصاحبه أن يسترده ويعيده إلى يد العدل .

وإذا هلك الرهن في يد أحدهما قبل استرداده ، ضمن العدل قيمته ، بسبب اعتدائه عليه بدفعه إلى أحدهما ، أي ضمن الأقل من قيمته ومن الدين . وهذا باتفاق الحنفية ، والمالكية .

ومثله في الحكم أن يسلمه العدل إلى أجنبي بدون رضاها قبل سقوط الدين . وإذا ضمن العدل قيمته ، فدفعها إليها ، فلها عندئذ أن يجعلها رهناً في يده ، إلى وفاء الدين . وليس للعدل بنفسه أن يجعل القيمة رهناً في يده ؛ لأنه هو الذي دفع القيمة ، فلو جعلها رهناً يصير قاضياً ومقضياً وبينها تناف . فإن وفي الراهن الدين وأراد أن يأخذ قيمة الرهن من العدل ، نظرنا في الأمر :

فإن كان العدل قد ضمن بدفعه إلى الراهن ، لم يكن للراهن أخذ قيمة الرهن منه ؛ لأن حقه قد وصل إليه حين دفع إليه الرهن ، فتكون القيمة حقاً للعدل .

وإن كان العدل قد ضمن بدفعه إلى المرتهن ، كان للراهن أن يأخذ قيمة الرهن منه ؛ لأنها بدل عن عين الرهن . وعندئذ ليس للعدل أن يرجع بما ضمن على المرتهن ، إذا كان قد دفعه إليه على وجه العارية أو الوديعة ؛ لأن العدل قد دفع إليه ملكه الذي تملكه من وقت الدفع حين ضمن قيمته^(١) . وإن كان قد دفعه إليه رهناً فيكون مضموناً على المرتهن كالمقبوض على سوم الرهن أو على سوم البيع ؛ لأنه دفعه إليه على وجه الضمان .

٣- ليس للعدل أن ينتفع بالرهن ، ولا أن يتصرف فيه بالإجارة ، أو الإعارة ،

(١) وبعبارة أخرى : إن العدل بأداء الضمان ملك العين المرهونة من وقت الدفع للمرتهن ، وتبين أنه أودع أو أعار ملك نفسه ، فلا يضمن المستعير ولا الوديع إلا بالتعدي .

أو الرهن ؛ لأن الواجب عليه الإمساك ، وليس له حق الانتفاع والتصرف . وليس له أن يبيعه إلا إذا كان مسلطاً على بيعه في عقد الرهن ، أو بعده . وإذا توفي العدل ، لم يحل وارثه محله في بيع الرهن ؛ لأن الوكالة لا تورث . وكذلك لا يحل وصيه محله في البيع أيضاً ، لأن الراهن لم يرض برأي وصيه .

وعن أبي يوسف : أنه يحل محله ؛ لأن الوكالة لازمة ، فصار وصيه كوصي العامل المضارب إذا مات .

ورد عليه بأن للمضارب ولاية التوكيل في حياته بدون إذن صاحب المال ، بخلاف العدل ، فجاز أن يقوم وصيه مقامه ، كالأب في مال الصغير .

وإذا باع العدل الرهن ، لم يعد رهناً ؛ لأنه صار ملكاً للمشتري ، وصار ثمنه هو الرهن ، لأنه قام مقامه .

وللعدل أن يبيع الزيادة المتولدة من الرهن ، لكونها مرهونة تبعاً للأصل . وله أن يبيع بمثل قيمة الرهن أو بأقل منه قدر ما يتغابن الناس فيه ، وبالنقد والنسيئة عند أبي حنيفة . وله أن يبيع قبل حلول الأجل ويكون الثمن حينئذ رهناً عنده إلى أن يحل الأجل ؛ لأن ثمن المرهون مرهون .

وقال الشافعية والحنابلة : لا يبيع العدل إلا بثن المثل حالاً ، من تقد بلده كالوكيل . وإذا باع العدل وقبض الثمن ، كان الثمن عنده من ضمان الراهن لأنه ملكه ، والعدل أمينه ، حتى يقبضه المرتهن .

٤- إذا هلك الرهن في يد العدل من غير تعد ، كان كهلاكه في يد المرتهن ؛ لأن يد العدل بالنسبة لمالية الرهن ، كيد المرتهن ، ويكون عند الحنفية مضموناً على المرتهن بالأقل من قيمته (أي قيمة الرهن) ومن الدين .

وإذا ضمن العدل قيمة الرهن بتعديه ، أو ضمنها الأجنبي المتعدي على الرهن بعد

أن دفعه العدل إليه بلا حق ، لم يستطع العدل أن يجعل القيمة رهناً في يده ؛ لأنها واجبة عليه في الحالين ، ولا يصلح الشخص الواحد أن يكون في آن واحد قاضياً ومقتضياً ، ولكن يأخذها الراهن والمرتهن ، فيجعلانها رهناً عند العدل أو عند غيره . وقال الشافعية والحنابلة : تجعل القيمة رهناً في حالة كون الأجنبي هو المتعدي على الرهن .

وإذا استحق الرهن وهو قائم في يد العدل أخذه المستحق وبطل الرهن . وإذا استحق بعد هلاكه كان المستحق بالخيار بين أن يضمن الراهن قيمته أو يضمن العدل ويرجع العدل على الراهن بما ضمن لأنه غيره .

هـ - ليس للعدل المسلط على البيع عند الحنفية أن يعزل نفسه إلا برضا المرتهن ، مراعاة لحقه ، إذا كانت الوكالة مشروطة في عقد الراهن . فيجبر على البيع إذا حل أجل الدين وأبى البيع . وإجباره بأن يجسه القاضي أياماً ليبيع ، فإن أبى بعد الحبس باعه القاضي ؛ لأن بيع الرهن في هذه الحال صار حقاً للمرتهن .

أما إذا كانت وكالة العدل بالبيع بعد عقد الرهن ، فللعدل أن يعزل نفسه ؛ لأنها تعد وكالة مستقلة مبتدأة ، فتطبق عليها أحكام الوكالة . وقال أبو يوسف : ليس له أن يعزل نفسه .

وقال الشافعية والحنابلة : للعدل في جميع الأحوال أن يعزل نفسه ؛ لأنه وكيل منفصل ، فلا يجبر على المضي في الوكالة .

المطلب السادس - ما يترتب على شروط الرهن أو ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز :

بالإضافة لما ذكرناه سابقاً من الأمور المترتبة على شروط الرهن ، ولا سيما شرط القبض ، هناك حالات تتطلب مزيد بيان وتفصيل ، أهمها ما يأتي :

أ- رهن المشاع :

اختلف الفقهاء في رهن جزء مشاع كنصف وثلث وربع ، فنعه الحنفية ، وأجازة الجمهور . وسبب الخلاف : هل تمكن حيازة المشاع أم لا تمكن ^(١) ؟

أما مذهب الحنفية ^(٢) : فهو أنه لا يجوز رهن المشاع ، سواء أكان يحتمل القسمة أم لا ، من شريكه أو غيره . والصحيح أن الرهن حينئذ فاسد ، يضمن بالقبض ؛ لأن القبض شرط تمام العقد ولزومه ، لا شرط جوازه أو انعقاده .

ودليلهم : أن الرهن يستوجب ثبوت يد الاستيفاء ، واستحقاق الحبس الدائم للمرهون ، والحبس الدائم لا يتصور في المشاع ، لما فيه من مهاياة في حيازته ، وكأن الراهن قد رهنه يوماً ، ويوماً لا ، فلم يصح سواء فيما يقبل القسمة أم لا يقبلها ، ولو من الشريك ، لوجود المهاياة في الحيازة .

بل إن قبض أو حيازة الجزء الشائع وحده لا يتصور ، والجزء الآخر ليس برهون ، فلا يصح قبضه . والشيوخ يمنع تحقق قبض الجزء الشائع ، سواء فيما يقبل القسمة ، وما لا يقبلها ، بخلاف الهبة حيث تصح فيما لا يحتمل القسمة للضرورة ؛ لأنها تفيد الملك ، والشيوخ لا ينافيه ، فاكتفي بالقبض الممكن .

وهذا الحكم سواء أكان الشيوخ مقارناً لعقد الرهن أم طارئاً عليه ، فإذا طرأ الشيوخ على الرهن ، أفسده . وروي عن أبي يوسف : أن الشيوخ الطارئ على العقد ، لا يفسده ؛ لأنه يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء ، كالهبة التي يطرأ عليها الشيوخ بعد القبض ، فلا يفسدها .

ورد عليه : أن العلة في المنع كون الشيوخ مانعاً من تحقق القبض ، وهذا يستوي

(١) بداية المجتهد : ٢٦٩/٢

(٢) البدائع : ١٣٨/٦ ، تكملة الفتح : ٢٠٣/٨ وما بعدها ، تبين الحقائق : ٦٨/٦ وما بعدها ، الدر المختار : ٣٤٨/٥ ،

اللباب ٥٦٢

فيه الابتداء والبقاء ، بخلاف الهبة ؛ لأن الملك لا يتنافى مع الشئوع .

وأما مذهب الجمهور غير الحنفية^(١) : فهو أنه يصح رهن المشاع أو هبته أو التصديق به أو وقفه ، كرهن كله ، من الشريك وغيره ، محتملاً للقسمة أم لا ؛ لأن كل ما يصح بيعه يصح رهنه ، ولأن الغرض من الرهن استيفاء الدين من ثمن المرهون ببيعته عند تعذر الاستيفاء من غيره ، والمشاع قابل للبيع ، فأمكن الاستيفاء من ثمنه . والقاعدة عندهم : كل ما جاز بيعه جاز رهنه من مشاع وغيره .

وأما كيفية الحيازة ، فقال المالكية : يجب قبض جميع ما يملكه الراهن ، مارهنه ومالم يرهنه ، لئلا يتحول يد الراهن فيما رهنه ، فيبطل الرهن . فإن كان الجزء غير المرهون غير مملوك للراهن ، اكتفي بحيازة الجزء المرهون . ولا يستأذن الراهن شريكه في رهن حصته ، إذ لا ضرر على الشريك ، وهذا قول ابن القاسم المشهور . نعم يندب الاستئذان لما فيه من جبر الخواطر . وقال أشهب : يجب استئذانه .

ويرى الشافعية والحنابلة : أن قبض المشاع في العقار يكون بالتخلية ، وإن لم يأذن الشريك ، وفي المنقول يكون بالتناول ، ويشترط فيه إذن الشريك ، ولا يجوز نقله بغير إذن الشريك . فإن أبي ورضي المرتهن بكونه في يد الشريك ، جاز وناب عنه في القبض . وإن تنازع الشريك والمرتهن عين الحاكم عدلاً يكون في يده ، إما أمانة أو بأجرة . وتجري المهايأة بين المرتهن والشريك كجريانها بين الشريكين .

٢- رهن المتصل بغيره والمشغول :

الخلاف في هذا كخلاف في رهن المشاع ، على رأيين :

فقال الحنفية^(٢) : لا يصح رهن شيء متصل بغير المرهون كالثمر على الشجر بدون

(١) الشرح الكبير : ٢٣٥/٣ ، بداية المجتهد : ٢٦٩/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٢٢ ، المهذب : ٣٠٨/١ ، مغني المحتاج :

١٢٢/٢ وما بعدها ، المغني : ٣٢٧/٤ وما بعدها ، كشاف القناع : ٣١٢/٣ .

(٢) البدائع : ١٢٨/٦ ، ١٤٠ . تكملة فتح القدير : ٢٠٥/٨ ، الدر المختار : ٣٥٠/٥ ، تبيين الحقائق : ٦٩/٦ .

الشجر، والزرع في الأرض بدونها، والشجر في الأرض بدونها، والأرض بدون ما عليها من زرع أو شجر؛ لأن المرهون متصل بغيره، فيتعذر الحبس بدونه، فهو كرهن المشاع.

ولا يصح رهن المشغول بغير المرهون، كرهن دار فيها متاع الراهن دونه؛ لأن المرهون مشغول بغيره، ولا يمكن حبسه، فهو في معنى رهن المشاع.

وأما الجمهور الذين جوزوا رهن المشاع، فجوزوا رهن المتصل والمشغول، لإمكان تسليمه مع ما هو متصل به. وأما المتاع الموضوع في الدار، فلا يدخل في الرهن إلا بالنص عليه؛ لأنه ليس بتابع للدار.

ويدخل في رهن الأرض أو الدار عند الحنابلة ما يدخل في البيع، فإذا رهن أرضاً، كان في دخول الشجر وجهان. وإذا رهن شجراً مثراً، لم تدخل الثمرة الظاهرة، كما لا تدخل في البيع، وإن لم تكن ظاهرة دخلت.

وذهب الشافعية إلى عدم دخول الثمرة مطلقاً. ظهرت أو لم تظهر، في الرهن بحال.

ولو رهن داراً فخلى بينه وبينها، وعاقدا الرهن فيها، ثم خرج الراهن، صح الرهن عند الشافعية والحنابلة. وقال الحنفية: لا يصح حتى يخلى بينه وبينها بعد خروجه منها^(١)

٣- رهن الدين :

أجاز المالكية دون غيرهم رهن الدين .

فقال الحنفية^(٢) : لا يجوز رهن الدين ؛ لأنه ليس مالاً لأن المال عندهم لا يكون

(١) المغني : ٣٣٢/٤ ، ٣٤٠ ، مغني المحتاج : ١٢٣/٢ .

(٢) البدائع : ١٣٥/٦ ، تبين الحقائق : ٦٩/٦ .

إلا عيناً، ولا يتصور فيه القبض، والقبض لا يكون إلا للعين. فلو كان خالد دائناً لعمر بمئة دينار، وعمر دائن لخالد بمئة مد حنطة، لم يجز لعمر أن يجعل دينه من الحنطة رهناً عند خالد بدينه الذي يستحقه قبل عمر، فهذا رهن الدين عند المدين، حيث جعل الدين الذي للدائن رهناً في الدين الذي عليه.

وكذلك قال الشافعية والحنابلة في الأصح عندهم^(١): شرط المرهون كونه عيناً يصح بيعها، فلا يصح رهن دين ولو ممن هو عليه، أو من هو عنده؛ لأنه غير مقدور على تسليمه.

لكن امتناع رهن الدين عند الشافعية هو في حالة جعل الدين رهناً ابتداءً، أما في حالة البقاء فلا مانع من الرهن كضمان المرهون عند الجناية عليه، فبدله في ذمة الجاني يكون رهناً بالدين على الأرجح؛ لأن الدين قد يصير رهناً ضرورة في البقاء، حتى امتنع على الراهن أن يبرئه منه بلا رضا المرتهن.

لكن أقول: لا حاجة أن يعد ما في الذمة من ضمان رهناً بالدين، وإنما هو في الواقع دين تعلق به حق المرتهن، كتعلق حق الدائن بما يكون للمدين المتوفى من ديون عند الغير.

وأما الملكية^(٢): فقالوا: يجوز رهن كل ما يباع، ومنه الدين، لجواز بيعه عندهم، فيجوز رهنه من المدين ومن غيره. وقد ذكرنا صورة رهنه من المدين. أما صورة رهنه من غير المدين: أن يكون لخالد دين عند عمر، ولعمر دين على أحمد، فيرهن عمر دينه الثابت له في ذمة أحمد لدى خالد بدينه الثابت له في ذمته (أي ذمة عمر). والطريقة هي أن يدفع له وثيقة الدين الذي له على أحمد، حتى يوفيه دينه.

(١) معني المحتاج : ١٢٢/٢ ، كشاف القناع : ٣٠٧/٣ . المعني : ٣٤٧/٤ وما بعدها ، المهذب : ٣٠٩/١ .

(٢) بداية المجتهد ، ٢٦٩/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٢٣ . الشرح الكبير مع الدسوقي ٢٢١/٣ ، ٢٢٧ ، الشرح الصغير :

٣١٠/٣ وما بعدها .

ويشترط لصحة هذه الصورة الأخيرة قبض الوثيقة ، والإشهاد على حيازتها ، أما في الصورة الأولى فيشترط لصحتها ، سواء أكان الدينان من قرض أم مبايعة ، أن يكون أجل الدين المرهون هو أجل الدين المرهون به ، أو أبعد منه ، بأن يحل الدينان في وقت واحد ، أو يحل دين الرهن بعد حلول الدين المرهون به .

أما إذا كان أجل حلول الدين المرهون أقرب ، أو كان الدين المرهون حالاً ، فرهنه لا يصح ؛ لأنه يؤدي إلى إقراض نظير إقراض ، إن كان الدينان من قرض . وإلى اجتماع بيع وسلف إن كانا من بيع ؛ لأن بقاء الدين المرهون بعد أجله عند المدين به يعد سلفاً في نظير سلف الدين المرهون به . وإذا كان الدينان من بيع ، فبقاء الدين المرهون يعد سلفاً مصاحباً للبيع ، وهو ممنوع عند المالكية .

٤- رهن العين المستأجرة أو المعارة :

يجوز عند أئمة المذاهب رهن المدين ماله ، ولو كان مأجوراً أو مستعاراً^(١) ، على النحو التالي^(٢) :

قال الحنفية : يجوز رهن المستعار والمستأجر عند المستعير أو المستأجر ، وينوب قبض العارية وقبض الإجارة من قبض الرهن^(٣) . إلا أنهم قرروا : إذا اتفق المتراهنان على الرهن ، تبطل الإجارة والعارية ، فلا يبقى في يد المرتهن مستأجراً ولا مستعاراً ، ويصح الرهن ، إذ لا يجتمع على عين واحدة ، في وقت واحد إجارة ورهن .

(١) البدائع : ١٤٦/٦ ، بداية المجتهد : ٢٦٩/٢ ، الشرح الكبير : ٢٣٦/٣ ، المهذب : ٣٠٦/١ ، المغني : ٣٣٤/٤ ، مغني

الاحتجاج : ١٢٨/٢ ، حاشية الباجوري : ١٢٧/٢ ، تبين الحقائق وحاشية الثلبي عليه : ٨٨/٦ .

(٢) يلاحظ أن رهن الدين ورهن العين المستأجرة أو المعارة يمثلان مبدأ رهن الحقوق .

(٣) يلاحظ أن قول الكاساني في البدائع : « إن قبض الرهن دون قبض الإجارة » محل نظر ، إذ القبضان قبض أمانة .

وإذا طرأت الإجارة على الرهن ، بطل الرهن وصحت الإجارة ؛ لأن الرهن عقد غير لازم ، والإجارة عقد لازم .

وعبارة المالكية تتضمن جواز رهن العين المستأجرة ، فإن رهنها مؤجرها عند مستأجرها بدين له عليه ، ناب القبض السابق لها بعقد الإجارة عن قبض الرهن . وإن رهنها عند غير مستأجرها بدين له عليه ، جاز إذا عين الدائن المرتهن أميناً ليلتزم مستأجرها يكون قبضه وحيازته بدلاً عن قبض المرتهن وحيازته ؛ لأن قبض المستأجر إنما كان لنفسه ، فلا يقوم قبضه مقام قبض المرتهن .

ويلاحظ أن الأرض في يد المزارع ، والبستان في يد المساقى يجوز رهنها كالعين المستأجرة .

وأجاز الحنابلة أيضاً رهن المأجور أو المعار أو الوديعة أو المغصوب ، وينوب القبض السابق مناب قبض الرهن ، ولا حاجة لتجديد القبض ، كما بينا سابقاً .

والشافعية أيضاً أجازوا رهن العين المستأجرة والمستعارة والوديعة ، بشرط مضي زمان يتأتى فيه القبض . فإن رهنها لدى المستأجر والمستعير ، بقي الرهن لبقاء يد المرتهن ، وعدم المنافاة بين كونه مستأجراً ، وكونه مرتهناً . وإن رهنها عند غير المستأجر أو المستعير ، صح إذا رضي به المرتهن عدلاً ، فبقى في يد المستأجر والمستعير على اعتبار أنه أمين عن كل من عاقد الرهن ، ويظل الرهن أيضاً .

وإن لم يرض المرتهن بالمستأجر أو بالمستعير عدلاً ، ينظر : فإن كان الرهن بإذن المستأجر بطلت الإجارة ، وإن كان بغير إذنه بطل الرهن ، وأما العارية فهي عقد غير لازم ، فإذا رهن المستعار ، فسخت العارية .

٥- رهن المستعار :

يلاحظ أنه في الحالة السابقة : الراهن هو المالك للعارية ، فيرهن ملك نفسه ،

أما في هذه الحالة : فالراهن غير مالك للعارية وإنما يرهن مستعاراً مملوكاً لغيره .

وقد اتفق الفقهاء كما بينا سابقاً على أنه يجوز للإنسان أن يستعير مال غيره ، ليرهنه بإذن مالكه ، في دين عليه ^(١) ؛ لأن مالكة متبرع حينئذ بإثبات اليد أو الحياة عليه ، والمالك حر التصرف بملكه ، فله إثبات ملك العين واليد معاً عن طريق الهبة مثلاً ، كما له إثبات اليد فقط بالإعارة للرهن .

وفي حالة الإذن من المالك بالرهن ، قال الحنفية ^(٢) : للمستعير عند إطلاق المعير وعدم تقييده بشيء أن يرهن العارية عند من يشاء ، وبأي دين أراد ، وفي أي بلد أحب . وهو رأي الشافعية أيضاً .

أما إذا قيده بقيود فإنه يتقيد بها ، فإن قيده بقدر ، لم يرهن بأكثر منه ، ولا بأقل إذا كان مارهنه به أقل من قيمة الرهن ؛ لأن المتصرف بإذن يتقيد تصرفه بقدر الإذن ، ولأن المرهون مضمون ، والمالك جعله مضموناً بقدر ما حدد ، وقد يكون له غرض بالقيود . أما إذا كان المستعار مساوياً لقيمة الرهن أو كانت هي أكثر ، فلا يعد مخالفاً للإذن ؛ لأنه خلاف إلى خير ؛ لأن المالك حين يريد فكك الرهن لا يكلف إلا بقدر الدين ، ولا يناله ضرر بسبب الرهن عند الهلاك ؛ لأن الضائع عليه أقل من قيمة الرهن .

وإذا قيده بجنس من الدين لم يجز له أن يرهنه بجنس آخر ؛ لأن قضاء الدين من بعض الأجناس قد يكون أيسر من بعض .

وإذا قيده بدائن أو بلد ، لم يجز له أن يخالف القيود .

فإن خالف في شيء من هذه القيود ، فهو ضامن لقيمته ، إذا هلك ؛ لأنه بهذه

(١) المغني : ٣٤٤/٤ ، بداية المجتهد : ٢٦٩/٢ ، كشاف القناع : ٣٠٩/٢ .

(٢) البدائع : ١٣٦/٦ ، تبين الحقائق : ٨٨/٦ ، الدر المختار : ٣٦٥/٥ .

المخالفة يصير غاصباً ، وكان الرهن باطلاً ؛ لأنه وقع على مال مغصوب .

وإذ هلك المال المستعار عند المرتهن ، كان مالكة بالخيار : إن شاء ضمن المستعير قيمته لاعتباره غاصباً بسبب مخالفته ، وبأدائه الضمان يمتلكه المستعير من وقت قبضه من المعير ، وإن شاء ضمن المرتهن لهلاك المال في يده ، فصار كغاصب الغاصب ، وإذا ضمن المرتهن رجح بما ضمن على الراهن . والخلاصة : أنه بالمخالفة يبطل الرهن ويضمن المستعير .

وكذلك قال المالكية^(١) : إن خالف المستعير قيود المعير ، فهلكت العارية أو سرقت أو نقصت ، ضمن المستعير مطلقاً لتعديده . ولو لم تتلف العارية فلم يعير ردها وتبطل الإعارة .

ويتقيد المستعير عند الشافعية والحنابلة^(٢) بقيود المعير ، إلا أنهم قالوا : إذا قيده بمقدار من الدين ، فرهنه بأقل منه ، لم يكن مخالفاً ؛ لأن الإذن بما زاد يعتبر إذناً بما نقص عنه ، وليس في النقص ضرر ؛ لأن الرهن عندهم أمانة في يد المرتهن .

انتفاع المستعير بالعارية : إن مستعير العارية لرهنها يعتبر عند الحنفية وديعاً قبل الرهن ، لامستعيراً ؛ لأنه غير مأذون له إلا بالرهن ، فليس له أن ينتفع بالعارية ، لا قبل رهنها ، ولا بعد فكائها ، فإن فعل ضمن ، لأنه لم يؤذن له إلا بانتفاع على وجه خاص وهو رهنها .

فإذا انتفع بغير الرهن ، كان مخالفاً ، فيضمن ، وإذا انتفع بها قبل رهنها ، ثم رهنها ، برئ من الضمان ، حيث رهن ؛ لأنه بالرهن عاد إلى وفاق المعير ، فيبرأ بسبب الوفاق من الضمان ، وبما أنه كالوديعة ، فالوديعة إذا عاد إلى الوفاق بعد خلاف في الوديعة لا يضمن لأن القصد من الوديعة وهو الحفظ للمالك قد تحقق . وهذا بخلاف

(١) الشرح الكبير : ٢٢٩/٣ .

(٢) معني المحتاج : ١٢٩/٢ ، المغني : ٣٤٤/٤ وما بعدها ، كشف القناع : ٣٠٩/٣ ، نهاية المحتاج : ٢٦٩/٣ .

المستعير، إذا خالف، ثم عاد إلى الوفاق، فإنه لا يبرأ من الضمان لثبوت التعدي، كما بينا وجه الفرق في بحث العارية .

نوع ضمان هلاك العارية : إذا قبض المستعير العارية لرهنها، فهلكت في يده قبل رهنها أو هلكت في يده بعد فكائها، لم يضمنها؛ لأنها هلكت وهي مقبوضة قبض العارية، لا قبض الرهن، وقبض العارية قبض أمانة، لا قبض ضمان عند الحنفية . وذلك بخلاف المالكية والشافعية، والحنابلة في أظهر القولين عندهم، فإن العارية مضمونة مطلقاً عند الحنابلة، وفي بعض الحالات عند المالكية والشافعية، كما بينا في بحث الإعارة .

وإذا هلكت العارية عند المرتهن، فليس لمالكها عند الحنفية إلا ما كان مضموناً منها، وهو الأقل من قيمتها ومن الدين . وإذا كان الدين هو الأقل، فلا يرجع المالك على المستعير بالزيادة؛ لأن العارية أمانة، وهي لا تضمن إلا بالتعدي .

وقال المالكية : يرجع المالك على المستعير بقيمة العارية يوم استعارها . وقال الشافعية، والحنابلة في أظهر القولين : إذا تلفت العارية لدى المرتهن من غير تعد، ضمن المستعير (الراهن) قيمتها يوم تلفها، إذ العارية مضمونة مطلقاً عند الحنابلة، ومضمونة أحياناً عند الشافعية والمالكية .

طلب المعير فكك العارية من الرهن : إذا رهن المستعير العارية، كان لمالكها أن يطلب من الراهن فكائها في أي وقت شاء عند الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة)؛ لأن العارية عندهم عقد غير لازم، ولمستعير أن يستردها متى شاء، ولو كانت مقيدة بوقت . فإن افتكها الراهن ردها إلى مالكها وإن عجز عن فكائها، كان لمالكها أن يفتكها، تخليصاً لحقه، ويرجع بجميع ما أداه للمرتهن على المستعير .

وقال المالكية : الراجح أن للمعير الرجوع في الإعارة لمطلقها متى أحب، وليس

له الرجوع في العارية المقيدة بالشرط أو العرف، أو العادة، كما حققنا في بحث العارية .

الاستئجار للرهن: إذا جاز استعارة عين لترهن، جاز كذلك استئجارها لترهن^(١). وإذا هلكت بلا تعد، فلا ضمان؛ لأن المستأجر أمانة غير مضمونة في يد المستأجر اتفاقاً، وليس للمؤجر فكها قبل انتهاء مدة الإجارة .

٦- رهن ملك الغير :

يجوز للإنسان كما بينا سابقاً أن يرهن ملك الغير بإذنه كالمستعار والمستأجر، وليس لأحد رهن ملك غيره إلا بولاية عليه، فإذا لم يكن له ولاية في الرهن، وسلم المرهون إلى المرتهن، كان بهذا التسليم متعدياً وغاصباً، وكان الرهن عند الحنفية موقوفاً على الإجازة، فإن لم يجزه مالك المرهون بطل الرهن، وكانت العين في ضمان الراهن بسبب غصبه . هذا بالنسبة للراهن .

أما بالنسبة للمرتهن :

فقال الحنفية^(٢): إذا هلك الرهن عند المرتهن، ثم تبين أنه مستحق لغير الراهن، أي لم يكن المرتهن عالماً بأنه ملك لغير الراهن، فإن المالك المستحق بالخيار بين أن يضمن الراهن قيمته، أو يضمن المرتهن؛ لأن كل واحد منهما متعدي في حقه، أما الراهن فباستيلائه عليه بغير حق وتسليمه للمرتهن، وأما المرتهن فبقبضه وتسلمه .

فإن ضمن المستحق (المالك) الراهن، صار المرتهن بسبب الضمان مستوفياً لدينه، بقدر قيمة الرهن، لهلاك الرهن في يده؛ لأن الراهن قد ملكه إذا أدى ضمانه ملكاً مستنداً إلى وقت استيلائه عليه بغير حق، قبل عقد الرهن، فيصبح راهناً ما

(١) الشرح الكبير : ٢٣٦/٣ .

(٢) تبين الحقائق : ٨٢/٦ وما بعدها ، البدائع : ١٤٧/٦ .

يملك ، ثم يصير المرتهن مستوفياً لدينه بالهلاك عنده إذا كانت قيمته مساوية لدينه ، أو أكثر ، وإلا فبقدر قيمته .

وإن ضمن المستحق المرتهن ابتداءً (مباشرة) ، رجع المرتهن على الراهن بما ضمن ، كما يرجع بدينه . أما رجوعه بما ضمن من مثل أو قيمة فلأنه تسلم الرهن مغروراً من جهة الراهن ، والمغرور يرجع بما ضمن ، وأما رجوعه بالدين ، فلأن استيفاءه لدينه ، قد انتقض بظهور أنه قد تسلم عيناً مملوكة لغير رهنها ، فبطل الرهن ، وعاد حقه كما كان .

وقال الحنابلة⁽¹⁾ : إما أن يكون المرتهن عالماً بالغصب ، وإما أن يكون غير عالم به . فإن كان عالماً به ، وأمسك الشيء حتى تلف في يده ، استقر عليه الضمان .

وكان المالك حينئذ بالخيار : إن شاء ضمن المرتهن ، وغرم القيمة من ماله ، وإن شاء ضمن الراهن . وعندئذ يرجع الراهن بما ضمن على المرتهن ، لاستقرار الضمان عليه ، إذ كان عليه أن يرد الشيء إلى مالكه ، ولم يفعل حتى تلف في يده .

وإن أمسك المرتهن الشيء غير عالم بغصبه حتى تلف في يده بتفريطه ، فالحكم كما تقدم . وإن تلف بغير تفريط منه ولا تقصير فثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يضمن ، ويستقر عليه الضمان ؛ لأنه متعدد بإمساك مال غيره ، وتلف المال تحت يده ، فيضمن كما لو علم بالغصب . ويلاحظ أنه في الحقيقة غير متعدي ؛ لأنه أمسك المال بإذن الراهن ولا علم له بالغصب .

ثانيها : أنه لا ضمان عليه ؛ لأن المرتهن قبضه على أنه أمانة من غير علمه بالغصب ، فيكون الضمان على الراهن .

(1) المغني : ٣٩٧/٤ وما بعدها .

ثالثها: أن للمالك الخيار في تضمين أيها شاء ، ولكن الضمان يستقر على الراهن . وهذا في تقديري أولى الآراء .

ومثل هذا في الحكم ما لو حكم باستحقاق الرهن لغير راهنه ، مع ملاحظة أن الرهن لا يهلك بالدين ، وإنما هو أمانة عند الحنابلة والشافعية .

٧- رهن العين المرهونة (تعدد الرهن) :

الرهن إما أن يقع على بعض الشيء أو على كله ، وفي الحالتين يتعدد الرهن .

أ- فإن وقع الرهن على بعض الشيء ، ثم رهن البعض الآخر ، طبقت أحكام رهن المشاع .

فعند الجمهور (مالكية وشافعية وحنابلة) القائلين بجواز رهن المشاع : إذا رهن جزء من عين على الشيوع بدين ، جاز رهن الجزء الباقي منها شائعاً بذلك الدين ، أو بدين آخر ، لنفس الدائن المرتهن الأول أو لغيره . لكن إذا كان الرهن لشخص آخر غير المرتهن الأول ، لزم رضا الثاني بيد المرتهن الأول^(١) ، أو أن يحدث اتفاق جديد بين الثلاثة (الراهن والمرتهن الأول والثاني) على وضع الرهن تحت يدل عدل .

وأما عند الحنفية الذين لا يجيزون رهن المشاع أصلاً ، فلا يتصور عندهم هذه الحالة ، إلا إذا أفرزت العين أو قسمت ، وسامت غير مشغولة بغيرها .

ب- وأما إن رهن الشيء كله بدين ، وأريد رهنه بدين آخر ، فلا يجوز الرهن الثاني عند الحنفية والشافعية والحنابلة^(٢) ؛ لأن فيه مساساً بحق المرتهن الدائن ، إذ مالية المرهون له ، فلا يكون لغيره أن يتعلق حقه به .

لكن إذا أجاز المرتهن الأول الرهن الثاني نفذ ، وبطل ارتهانه للشيء ، ويبطل

(١) الشرح الصغير : ٢٠٨/٣ .

(٢) البدائع : ١٤٧/٦ ، نهاية المحتاج : ٢٦٧/٣ ، ٣٠٥ ، مغني المحتاج : ١٢٧/٢ ، المغني : ٣٤٧/٤ وما بعدها .

ارتهانه أيضاً، إذا رهن الشيء وهو بدين عليه، بإذن مالكه، ويصير رهناً بدينه، ويكون حكمه حكم رهن الشيء المستعار للرهن.

أما إن رهنه المرتهن الأول بدون إذن مالكه الراهن، كان رهنه غير صحيح، وكان للمالك إعادة الشيء إلى يد المرتهن الأول كما كان.

فلو هلك الشيء في يد المرتهن الثاني قبل إعادته للأول، فمالكه بالخيار عند الحنفية: إن شاء ضمن المرتهن الأول، وإن شاء ضمن المرتهن الثاني، كما هو الحكم في رهن ملك الغير. فإن ضمن الأول، جاز رهنه؛ لأن بدل المرهون يصير مرهوناً. وإن ضمن المرتهن الثاني، بطل رهن الأول، وكان الضمان رهناً لدى المرتهن الأول، ويرجع الثاني على الأول بما ضمن، لأنه غرره.

وقال المالكية^(١): يجوز رهن العين المرهونة إذا كانت قيمتها تزيد على قيمة الدين، فيكون الرهن الجديد لتلك الزيادة، ويكون الدين الثاني المتعلق بالمرهون في المنزلة الثانية، فإذا بيعت العين في الدين يوفى الدين الأول، والباقي يوفى به الدين الثاني. وبه يرى أن حق الدائن الأول لم يمس، فلا يتوقف نفاذ الرهن الثاني على إجازته.

وإذا كانت العين في يد عدل، والرهن الجديد للمرتهن الأول أو لأجنبي غيره، لم يتم الرهن الثاني إلا برضا العدل بحوزه على الوضع الجديد.

وإذا كان الرهن الثاني لأجنبي، فهل يشترط رضا المرتهن الأول؟ عند المالكية أقوال ثلاثة: قيل: لا يشترط رضاه، وقيل: لا بد من رضاه، وقيل: لا يجوز وإن رضي. وإذا كانت العين بيد عدل، ففيه القولان: الأول والثاني.

وإذا كان الرهن الثاني لأجنبي، وكان الدينان بأجل واحد فلا إشكال. فإن

(١) الشرح الكبير: ٢٢٨/٣. وهذا الرأي يجوز الرهن على الرهن يتفق مع القانون المدني.

اختلف الأجلان ، وحل أجل الدين الثاني أولاً ، قسم الرهن بين الدينين إن أمكنت قسمته بلا ضرر ، كنقص قيمته ، ويدفع للمرتهن الأول قدر ما يفي بدينه ، والباقي للثاني .

وإن لم تمكن قسمته ، بيع المرهون ، وقضى الدينان ، على أن يكون للدين الأول الأسبقية في الوفاء ، والباقي للثاني .

وهذا كله إن كان في الرهن فضل يفي بالثاني ، وإن لم يوجد ، لا يباع الرهن إلا بعد أن يحل الدين الأول .

أما إن حل أجل الدين الأول أولاً ، فإن الرهن يباع ، ويقضى الدينان من ثمنه على الوضع السابق ، إن لم تمكن قسمته بين الدينين من غير ضرر .

ولا يضمن المرتهن الأول الجزء الفاضل للثاني إن هلك الرهن بيده ، وكان مما يغاب عليه (يمكن إخفاؤه كالثياب والحلي) إلا بالتعدي ؛ لأنه أمين في الجزء الفاضل .

٨- رهن الوارث جزءاً من التركة المدينة :

قد يكون هناك حق لغير الراهن في المرهون يمنع الرهن كرهن المرهون ورهن التركة المدينة ، كما أن رهن ملك الغير يكون موقوفاً على إجازة المالك .

فإذا رهن الوارث بعض أعيان التركة التي يتعلق بها دين على الميت ، فقال الحنفية : يكون الرهن موقوفاً على تخليص أو تطهير التركة من الدين ، لكي تخلص العين المرهونة لمرتهنها ، ولأن الدين يمنع تملك الورثة للتركة ، على خلاف بين الحنفية في الدين الذي لا يحيط بها .

وكذلك قال المالكية : إن رهن الوارث في هذه الحال صحيح ، ولكن نفاذه

موقوف على سداد الدين ، فإذا لم يسدد ، تقض هذا التصرف ؛ لأن الدين يمنع من تملك الورثة عندهم .

وقال الحنابلة^(١) في أصح الوجهين عندهم : لو رهن الوارث تركة الميت ، أو باعها ، وعلى الميت دين ، ولو من زكاة ، صح الرهن أو البيع ، لانتقال التركة اليه بموت مورثه ، فتصرفه صادف ملكه ، ولم يرتب عليه من قبله أو باختياره حقاً لغيره ، فلم يكن مثل رهن المرهون الذي رهنه من قبل الذي تعلق به حق الغير باختياره ، وإنما في التركة لم يتعلق دين المتوفى بالمال باختيار الوارث ، بل بحكم الشرع . وهكذا الحكم في كل حق ثبت وتعلق بالمال من غير إثباته وفعله كالزكاة والجنائية ، فلا يمنع ذلك من رهن ما تعلق به الحق .

فيصح الرهن ، وتكون أعيان التركة محملة بالدين . فإن تم الرهن ، ثم وفي الوارث الحق الذي تعلق بالتركة : وهو الدين الذي على المتوفى ، من مال آخر ، فالرهن على حاله ، وإن لم يقض الحق ، فلغرماء التركة انتزاع ما رهن منها ؛ لأن حقهم أسبق .

وهذا مثل ما لو تصرف الوارث في التركة ، ثم رد عليه مبيع باعه المورث بعيب ظهر فيه ، أو تعلق بالتركة حق بعد وفاة المورث بسبب سابق ، كأن وقعت بهيمة بعد موته في بئر حفره في غير ملكه ، فتصرف الوارث في هذه الأحوال صحيح غير لازم ، فإن وفي الوارث الحق من ماله مثلاً ، وإلا فسخ تصرفه .

ويراعى حينئذ أن يكون الوارث محتصاً بالعين التي رهنها ، حتى لا يكون رهنه لما يملك غيره من الورثة .

وقال الشافعية^(٢) : يبطل رهن الوارث بعض أعيان التركة ؛ لأن التصرف

(١) المغني : ٣٥٠/٤ ، كشف القناع : ٣١٦/٣ وما بعدها .

(٢) مغني المحتاج : ١٤٤/٣ وما بعدها ، نهاية المحتاج : ٣٠٤/٣ وما بعدها .

عندهم ، إما صحيح نافذ وإما باطل ، وتصرف الفضولي عندهم كالحنابلة غير صحيح ، وقد منع من صحة هذا الرهن ونفاذه تعلق الدين بالتركة ، وتعلق الدين وإن كان لا يمنع تملك الورثة ، لكن تعتبر التركة مرهونة بالدين رهناً شرعياً ، لا نتيجة لعقد رهن .

والأظهر عندهم ألا فرق بين أن يكون الدين محيطاً بالتركة (مستغرقاً) ، أو غير محيط (غير مستغرق) بها . ولهذا يمنعون الوارث من أن يتصرف في التركة مع تعلق حق الدين بها ، كما يمنعون الراهن من أن يتصرف في العين المرهونة مع قيام الدين الذي رهنت العين به .

٩ - رهن ما يتسارع إليه الفساد :

يصح رهن ما يسرع إليه الفساد بالدين الحال والمؤجل عند الحنابلة وغيرهم^(١) ، سواء أكان مما يمكن إصلاحه بالتجفيف كالعنب والرطب ، أم لا يمكن كالبطيخ والطبيخ . فإن كان قابلاً للتجفيف ، فعلى الراهن تجفيفه ؛ لأنه من مؤنة حفظه وتبقيته . وإن كان مما لا يجفف ، فإنه يباع ويقضى الدين من ثمنه ، إن كان حالاً ، أو يحل قبل فساد ، وإن كان لا يحل قبل فساد ، جعل ثمنه مكانه رهناً ، سواء شرط في الرهن بيعه أو أطلق ؛ لأن العرف يقتضي ذلك ، لحرص المالك على ملكه ، فإذا تعين حفظ ملكه ببيعه ، حمل عليه مطلق العقد ، كتجفيف ما يجف والإنفاق على الحيوان .

وقال الشافعية^(٢) : إن رهنه بدين مؤجل لا يحل قبل فساد المرهون ، ينظر فيه : فإن شرط أن يبيعه إذا خاف عليه الفساد ، جاز رهنه . وإن أطلق فلم يشترط ، ففيه قولان : الصحيح أنه لا يصح رهنه ؛ لأنه لا يمكن بيعه بالدين قبل

(١) المغني ٣٤١/٤ ، المهذب : ٣٠٨/١ ، البدائع : ١٤٨/٦ .

(٢) المهذب : ٣٠٨/١ ، مغني المحتاج : ١٢٣/٢ وما بعدها .

حلول أجل الحق ، كما لا يصح إن شرط منع بيعه . وإن لم يعلم ، هل يفسد المرهون قبل حلول الأجل ، صح الرهن المطلق في الأظهر؛ لأن الأصل عدم فساده قبل الحلول .

١٠- رهن العصير :

يجوز رهن العصير؛ لأنه يجوز بيعه ، وتعرضه للخروج عن المالية بالتخمر لا يمنع صحة رهنه . فإن صار خلاً ، فالرهن بحاله . وإن صار خمراً بعد القبض وجبت إراقته ، وزال لزوم العقد ، فإن أريق بطل العقد فيه ، ولا خيار للمرتهن ؛ لأن التلف حصل في يده .

وإن استحال خمراً قبل قبض المرتهن له بطل الرهن عند الحنابلة ، وقال الحنفية والمالكية ، وفي الأصح عند الشافعية : لم يبطل الرهن ، وهو بحاله ؛ لأنه يغتفر في الدوام والبقاء ما لا يغتفر في الابتداء ، ولأنه كانت له قيمة حالة كونه عصيراً ، ويجوز أن يصير له قيمة^(١) . قال ابن قدامة : وهذا أقرب إلى الصحة ؛ لأنه يعود رهنأ باستحاله خلاً .

١١- رهن المصحف :

يصح عند الحنفية والمالكية ، وفي الأصح عند الشافعية^(٢) : رهن المصحف وكتب الحديث والتفسير والآثار ، ولا يقرأ فيها المرتهن ؛ لأن عقد الرهن يفيد حق الحبس ، لا حق الانتفاع ، فإن انتفع به ، فهلك في حال الاستعمال يضمن كل قيمته ، لأنه صار غاصباً .

(١) المغني : ٣٤٢/٤ ، مغني المحتاج : ١٢٩/٢ ، كشاف القناع : ٣١٦/٣ .

(٢) البدائع : ١٤٦/٦ ، بداية المجتهد : ٢٦٩/١ ، المهذب : ٣٠٩/١ ، حاشية الباجوري : ١٢٧/٢ .

والأصح عند الحنابلة^(١): أنه لا يصح رهن المصحف؛ لأنه لا يصح بيعه، والمقصود من الرهن استيفاء الدين من ثمنه، ولا يحصل ذلك إلا ببيعه، وبيعه غير جائز. ولكن يصح رهن كتب الحديث والتفسير، ولو لكافر إذا شرط أن تكون بيد مسلم عدل.

المبحث الثالث - أحكام الرهن أو آثاره:

الكلام عن أحكام الرهن يتناول قسمين: أولاً - أحكام الرهن الصحيح. وثانياً - أحكام الرهن الفاسد.

والرهن الصحيح: هو ما توافرت فيه شروط الرهن. **وغير الصحيح:** هو ما لم تتوافر فيه شروط الرهن. **وغير الصحيح** عند الحنفية نوعان: باطل وفاسد.

فالباطل: هو ما كان الخلل فيه في أصل العقد، بأن يفقد أهلية التعاقد عند التعاقد كالمجنون والمعتوه، أو يزول محل العقد مثل رهن غير مال أصلاً، أو أن يكون المرهون به لا يستوفي بالمال كالقصاص والشفعة، أو يفقد معناه كاشتراط ألا يباع المرهون في الدين، أو ألا يكون للمرتهن فيه امتياز على سائر الغرماء.

والفاسد: ما لحق الخلل فيه وصف العقد، كأن يكون المرهون مشغولاً بغيره، أو أن يكون المرهون به مضموناً بغيره كالمبيع في يد البائع، على رواية النوادر. وظاهر الرواية أنه يصح الرهن بالمبيع قبل القبض، كما بينا في بحث الشروط.

وغير الصحيح عند غير الحنفية نوع واحد: باطل أو فاسد: وهو ما لم تتوافر فيه شروط الرهن الصحيح التي يشترطونها، على خلاف بينهم في بعضها.

أولاً - أحكام الرهن الصحيح:

فيه بيان حكم لزوم الرهن، وعشرة مطالب في آثار الرهن:

(١) كشف القناع: ٣١٤/٣، المغني: ٣٤٢/٤.

حكم الرهن الصحيح أو حكم لزوم الرهن :

يلزم الرهن بالنسبة للراهن لا للمرتهن ، فلا يملك الراهن فسخه ؛ لأنه عقد وثيقة بالدين ، ويملك المرتهن فسخه في أي وقت ؛ لأن العقد لمصلحته^(١) ، ولا تترتب آثاره عند جميع الفقهاء إلا بالقبض ، فلا يختص المرتهن بثن العين المرهونة ، ولا يثبت له حق الامتياز على غيره من الدائنين إلا بالقبض .

ولا يتحقق لزوم الرهن عند الجمهور إلا بالقبض ، ويلزم عند المالكية بالإيجاب والقبول . وتفصيل المذاهب فيما يأتي :

قال الجمهور من الحنفية والشافعية ، والحنابلة في الأصح^(٢) : لا يلزم الرهن في جميع أحواله إلا بالقبض ، أما قبل القبض ، فللراهن إمضاء الرهن أو فسخه . ودليلهم - كما بينا سابقاً - قوله تعالى : ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ إذ المعنى فرهن رهان مقبوضة ، لأن المصدر المقترن بالفاء في جواب الشرط هو في معنى الأمر ، أي « فارهنوا » ، والأمر بالشيء الموصوف يقتضي أن يكون الوصف شرطاً فيه ، فما شرع بصفة لا يوجد شرعاً إلا بها ، فلا يلزم الرهن إلا بالقبض ، ولأن الرهن عقد تبرع ، لا يجبر الراهن على شيء فيه ، فوجب لنفاذه وإمضائه القبض ، إذ ليس للرهن قبل قبضه مظهر في الخارج إلا القبض ، كما هو الشأن في الهبة والصدقة ، فلا يوجد عقد الرهن شرعاً ، ويترتب عليه أثره إلا مع القبض ، ولا يلزم إلا بالقبض .

وقال المالكية^(٣) : يلزم الرهن بالإيجاب والقبول ، ويتم بالقبض . فإذا ما صدر الإيجاب والقبول ، لزم العقد ، ويجبر الراهن على تسليم الرهن إلى المرتهن ما لم يوجد أحد الموانع الأربعة التالية وهي :

(١) المهذب : ٣٠٥/١ ، ٣٠٧ .

(٢) الدر المختار ورد المختار : ٢٤٠/٥ وما بعدها ، تبين الحقائق : ٦٢/٦ ، المهذب : ٣٠٥/١ ، المغني : ٢٢٨/٤ وما بعدها .

(٣) بداية المجتهد : ٢٧٠/٢ وما بعدها ، الشرح الكبير : ٢٤٠/٣ وما بعدها .

موت الراهن بعد العقد وقبل التسليم ، مطالبة الغرماء بأداء الراهن ديونهم ،
حالة التفليس العام (أي أن تكون الديون محيطة بمال الراهن) . مرض الراهن
المخوف ، أو جنونه المتصلان بوفاته .

ودليلهم - كما سبق بيانه - على أن الرهن يلزم بالعقد : أن العقد والالتزام
يتحققان بالإيجاب والقبول ، وقد قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾
والرهن عقد ، والأمر للوجوب ، فكان الوفاء به واجباً ، من طريق لزومه بالنسبة
للراهن ، لأنه هو الملتزم .

آثار عقد الرهن :

إذا تم عقد الرهن بتسليم العين المرهونة إلى المرتهن ، ترتب على تمامه وتسليمه
الأحكام الآتية :

- ١ - تعلق الدين بالرهون
- ٢ - حق حبس الرهن
- ٣ - حفظ الرهن
- ٤ - مؤنة الرهن
- ٥ - منع الراهن من التصرف بالرهن
- ٦ - عدم الانتفاع بالرهن
- ٧ - ضمان الرهن (ضمان ما قبل الدين من الرهن عند الحنفية)
- ٨ - بيع الرهن ، أو مطالبة المرتهن ببيع الرهن لسداد الدين
امتياز الدائن المرتهن عن سائر الغرماء
- ٩ - تسليم الرهن أو رده عند انتهاء الدين

المطلب الأول - تعلق الدين بالرهون :

المبدأ العام في هذا هو عدم تجزئة الرهن ، فإذا رهنّت عين بدين ، تعلق هذا الدين بجميع أجزاء العين المرهونة ، أو بجميع وحداتها ، كما أنها هي رهن بجميع أجزاء الدين . فإذا سقط جزء من الدين بإبراء أو وفاء مثلاً ، ظل باقيه متعلقاً بجميع العين المرهونة . وبه أخذ القانون المدني المصري والسوري .

والدين الذي تعلق بالرهن : هو الذي جعل المال رهناً به فقط ، ولا يتعلق غيره من الديون بالرهون .

وعلى أساس هذا التعلق ، يثبت حق الحبس للمرتهن ، فله حبس جميع المرهون ، حتى يوفي كل الدين ، سواء أكان المال شيئاً أم عدة أشياء .

وهذا المبدأ أو الأصل السابق متفق عليه فقهاً ، لكن الفقهاء اختلفوا في تطبيقه في حالة تعدد العقد ، وعدم تعدده .

فقال الحنفية^(١) : إن اتحاد العقد يقوم على اتحاد الصيغة ، فإذا اتحدت الصيغة اتحد العقد ، سواء أكان الرهن في دين واحد أم أكثر ، فلو وفي المدين أحد الديون لا يسترد ما يقابله من المرهون ، سواء اتحد المرهون أم تعدد . فلو وفي الراهن ما يقابل أحد الأعيان المرهونة لا يسترده ، حتى ولو سمي في عقد الرهن لكل عين مرهونة حصّة من الدين ؛ لأن العقد واحد ، لا يتعدد بالتسمية .

وسواء تعدد الراهن (كأن يرهن مدينان شيئاً عند دائن) أو تعدد المرتهن (بأن كانا شريكين أو كان لكل واحد منهما دين مستقل على الراهن) .

فإذا اتحد العقد لا يتحرر شيء من الرهن ؛ لأن الرهن محبوس بجميع الديون ،

(١) البدائع : ١٥٣/٦ ، تبين الحقائق : ٧٨/٦ .

أو بجميع الدين . وإذا تعدد العقد بتعدد الصيغة يتحرر من الرهن ما يقابله .
وقال المالكية^(١) : يتعدد العقد بتعدد كل من الراهن والمرتهن ، أو بتعدد أحد الطرفين . ويكون عقد الرهن واحداً إذا كان كل من الراهن والمرتهن واحداً . فإذا اتحد عقد الرهن ، يكون جميع المرهون رهناً بما بقي من الدين بعد وفاء بعضه ؛ لأن كل جزء من المرهون رهن بكل جزء من الدين .

وإذا تعدد الرهن ، بأن كان الراهن اثنين ، والمرتهن واحداً ، فوفى أحد الراهنين ما عليه من دين ، استرد حصته . أو كان الراهن واحداً والمرتهن متعدداً ، فوفى الراهن حصة أحد الدائنين ، فإنه يسترد من الرهن ما قابلها .

ويلاحظ أن الراهن إذا كان واحداً ، والمرتهن متعدداً ، وكان المرهون مما لا ينقسم ، ووفى أحد الدائنين ، يجعل الرهن تحت يد أمين ، أو تبقى الحصة في يد المرتهن أمانة .

وقال الحنابلة^(٢) بمثل قول المالكية : يتعدد العقد بتعدد الموجب أو القابل ، فإذا كان الموجب اثنين والقابل واحداً ، نشأ عقدان . وإذا كان الموجب واحداً ، والقابل اثنين ، نشأ أيضاً عقدان . وإذا كان كل من الموجب والقابل اثنين ، نشأ أربعة عقود .

ويكون عقد الرهن واحداً إذا كان كل من الراهن والمرتهن واحداً ، سواء أكان الدين واحداً أم متعدداً . فإذا وفى المدين بعض الدين ، أو ديناً من الديون ، لم يكن له أن يسترد ما يقابله من الرهن .

وإذا تعدد الراهن ، فمن وفى دينه ، خرجت حصته من الرهن . وإذا تعدد

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢٥٨/٣ ، الدردير : ٢٥٧/٣ .

(٢) المغني : ٣٤٦/٤ ، ٤٠٢ .

المرتهن ، فوفى الراهن أحد الدائنين ، خرجت حصته من الرهن ، واستردها الراهن .
وإذا تعدد الراهن والمرتهن معاً ، وهذه أربعة عقود ، فيصير كل ربع من المرهون
رهناً بربع الدين ، فإذا وفي ربع الدين أو أكثر ، انفك من الرهن ما يقابله قدرأ ، قال
القاضي أبو يعلى : وهذا هو الصحيح .

وقال الشافعية^(١) : يتعدد الرهن ويتحد بتعدد الدين ووحدته . والغالب أن
يتعدد الدين بتعدد العاقدين ، ولو اتحد وكيلهما ، بخلاف البيع ، العبرة فيه بتعدد
العاهد المباشر للعقد ، ولو وكيلأ ؛ لأن المال المرهون وثيقة بالدين ، فإذا تعدد
الدين ، تعددت الوثيقة ، وتعدد الدائن أو المدين يستلزم تعدد الدين غالبأ . أما
البيع فهو عقد ضمان ، فكان النظر فيه لمن باشره .

فالمناط عندهم هو تعدد الدين وعدم تعدده ، ويتعدد الدين بتعدد المدين أو
الدائن غالبأ ، ويتحد بعدم تعددهما ، أو بكون الدين مشتركأ ولو كان الدائن اثنين ،
وبهذه الحالة الأخيرة يفترق مذهب الشافعية عن مذهبي المالكية والحنابلة .

وبناء عليه : لو رهن شخص دارأ عند دائنين ، ثم وفي دين أحدهما ، انفك من
الرهن ما يقابل هذا الدين من المرهون ، لتعدد الدين بسبب تعدد الدائن ، بشرط أن
يختص أحد الدائنين بما يقبضه ، فإن شاركه فيه الآخر ، لم ينفك شيء من الرهن ،
لعدم وفاء الدين على التمام .

ولو استعار مالأ من اثنين ليرهنه ، ثم أدى نصف الدين ، انفك نصف المال
المرهون .

والخلاصة : أن العبرة باتفاق الفقهاء في فكك شيء من المرهون أو عدم فككاه
بتعدد عقد الرهن وعدم تعدده ، إلا أن مناط تعدده عند الحنفية : هو تعدد الصيغة ،

(١) معني المحتاج : ١٤١/٢ وما بعدها ، المهذب : ٣٠٧/١ .

دون نظر لتعدد العاقدين أو عدم تعددهما . ومناطه عند المالكية والحنبلة : هو تعدد العاقد . وعند الشافعية : هو تعدد الدين وعدم تعدده ، ويتعدد الدين عندهم بتعدد المدين أو الدائن غالباً ، فيصبح مذهبهم قريباً من مذهبي المالكية والحنبلة .

المطلب الثاني - حق حبس الرهن :

حق الحبس : يترتب على تعلق الدين بالرهون ؛ لأن التعلق شرع وسيلة لوفاء الدين من المرهون أو من غيره ، ولا يتم التعلق على وضع مأمون إلا بحبس ما يتعلق به الدين لدى المرتهن ، حتى يكون حبسه حاملاً للمدين على الوفاء ، مخافة بيع المال المحبوس جبراً عنه عند إيبائه . فكان تعلق الدين بالرهن ، وحبس المرهون من عناصر التوثق .

وبناء عليه قال الحنفية^(١) : يترتب على صحة الرهن ثبوت حق المرتهن في حبس العين المرهونة ، على وجه الدوام ، وعدم تمكين الراهن من استرداد المرهون قبل وفاء الدين ؛ لأن الرهن شرع للتوثق ، والتوثق لا يكون إلا بحبس ما يكون به الوفاء ، وهو المال المرهون .

وإثبات حق الحبس يكون عند الحنفية بإثبات يد استيفاء الدين للمرتهن على المرهون ؛ لأن معنى الاستيفاء : هو ملك عين المستوفي ، وملك اليد عليه معاً ، وبما أن ملك عين المرهون ممنوع شرعاً بالحديث الصحيح : « لا يغلق الرهن من صاحبه » ، بقي ملك اليد ، ويصير موجب عقد الرهن الذي شرع وثيقة للاستيفاء : وهو ثبوت ملك اليد فقط دون ملك العين ؛ لأنه مدلول لفظ الرهن لغة وهو الحبس ، والمعاني الشرعية تثبت على وفق المعاني اللغوية .

(١) المبسوط : ٦٢/٢١ ، البدائع : ١٤٥/٦ ، تبيين الحقائق : ٦٤/٦ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ١٩٤/٨ - ١٩٦ ، الدر المختار : ٢٤٥/٥ .

وبما أن المرهون عين لها مالية، والوفاء إنما هو بماليتها، كانت يد المرتهن هي بالنظر إلى ماليتها، فتكون يد المرتهن يد استيفاء بالنسبة لماليتها، فتقتصر على ما يقابل الدين من ماليتها، والزائد عنه أمانة في يد المرتهن.

وقال الجمهور (الشافعية والمالكية والحنابلة): إن موجب الرهن هو موجب سائر الوثائق، وهو أن تزداد به طرائق المطالبة بالوفاء، فيثبت به للمرتهن حق تعلق الدين بالعين المرهونة عيناً، والمطالبة بإيفائه من ماليتها، عن طريق بيعها واختصاصه بثمنها.

أما حق الحبس، فليس بحكم لازم لعقد الرهن، فللراهن أن يسترد الرهن لينتفع به بدون استهلاكه، فإذا انتهى انتفاعه، رده إليه. بدليل الحديث «لا يغلط الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه» أي لا يحبس، وأضافه النبي ﷺ إلى الراهن بلام التمليك، وسماه صاحباً، فاقضى أن يكون هو المالك للرهن رقبة وانتفاعاً وحبساً.

والحبس على الدوام يتنافى مع كون الرهن توثيقاً، فقد يهلك الرهن، فيسقط الدين أي كما قال الحنفية، فيكون توهيناً لا توثيقاً. ثم إن في الحبس تعطيلاً للانتفاع بالرهن، فهو تسييب، والتسييب ممنوع شرعاً.

والخلاصة: أن عقد الرهن يثبت حق الحبس الدائم للمرتهن على المرهون عند الحنفية. أما عند الشافعية: فيقتضي الرهن عندهم فقط تعيين المرهون للبيع لوفاء الدين.

وفي تقديرنا أن رأي الحنفية أسلم لاتفاقه مع واقع الرهن وهو الاحتفاظ به لحمل المدين على الوفاء بالدين. لذا قرر المالكية والحنابلة كما بينا في شروط القبض ضرورة استدامة قبض المرهون في يد الدائن، حتى يؤدي الراهن ما عليه^(١).

(١) بداية المجتهد: ٢٧٢/٢، المغني: ٣٣١/٤.

وانبنى على الخلاف بين الحنفية والشافعية في مقتضى عقد الرهن ، أهو الحبس ،
أم تعيينه للبيع مسائل هي :

١- استرداد الرهن : لا يجوز الحنفية استرداد الرهن لينتفع به ؛ لأنه يتنافى مع مقتضى عقد الرهن وهو حبس المرهون لدى المرتهن . ويجوز الشافعية استرداده للانتفاع به ؛ لأن استرداده لا يتنافى مع مقتضى العقد : وهو تعيين المرهون للبيع في سبيل وفاء الدين .

٢- الزوائد المنفصلة المتولدة : يسري الحبس عند الحنفية إلى الزوائد المنفصلة المتولدة ، فتحبس مع أصلها ، لأنها كالجزء منها . ولا يسري عليها حكم الرهن عند الشافعية ، فلا تباع في الدين ، لأنها عين أخرى .

٣- رهن المشاع : لا يصح رهن المشاع عند الحنفية ؛ لأن الحبس الدائم لا يتصور فيه . وعند الشافعية والمالكية والحنابلة : يجوز لجواز بيعه ، وحكم الرهن هو تعيينه للبيع واستيفاء الدين من ثمنه .

مطالبة المرتهن بوفاء دينه مع استمرار حبس الرهن :

قال الحنفية^(١) : للمرتهن أن يطالب الراهن بدينه مع استمرار حبسه للمال المرهون إذا كان الدين حالاً .

فإذا أراد المدين أداء الدين ، كان له أن يطالب المرتهن بإحضار الرهن ، وعلى المرتهن إحضاره ليعلم أنه لا يزال موجوداً لم يهلك . وهذا إذا لم يكن للرهن حمل ومؤنة ، كأن كان في بلد عقد الرهن . ولا يكلف المرتهن بإحضار الرهن إذا كان للرهن حمل ومؤنة ، وكانت المطالبة في بلد غير بلد عقد الرهن ؛ لأن الواجب عليه حينئذ التخلية ، لا نقله إلى مكان الإيفاء ، لئلا يترتب عليه ضرر كبير . فإن كانت المطالبة

(١) البدائع : ١٤٨/٦ ، ١٥٣ وما بعدها ، الدر المختار : ٣٤٣/٥ وما بعدها ، اللباب : ٥٨٢ .

في البلد الذي تم فيه عقد الرهن ، فإنه يحضره ، لعدم ترتب ضرر كبير على إحضاره . كذلك لا يكلف المرتهن إحضاره إذا كان في يد عدل (أمين) ، لأنه لا قدرة له على إحضاره ؛ إذ العدل ممنوع من تسليم الرهن إلى أحد العاقدين ، وإلا كان ضامناً وأخذه غاصباً .

والخلاصة : أن المطالبة إن كانت في بلد الرهن ، يؤمر المرتهن بإحضاره مطلقاً . وإلا فإن لم يكن له حمل ومؤنة فيؤمر كذلك ، وإن كان له حمل ، لا يؤمر . وقال ابن عابدين : فيه نظر ، فالمعول عليه على وجود المؤنة ، فإن احتاج إلى نفقة حمل بأن كان في موضع آخر ، لم يكلف إحضاره ، وإن لم يحتج كلف إحضاره . وفي تقديري أن هذا هو الأدق والأولى .

المطلب الثالث - حفظ المال المرهون :

بناء على ثبوت حق حبس المال المرهون عند المرتهن في مذهب الحنفية ، فإن المرتهن يحفظ المرهون تحت يده بما يحفظ به مال نفسه عادة ، فيحفظه بنفسه ، وزوجته ، وولده وخادمه إذا كانا يسكنان معه ، وبأجيريه الخاص ؛ لأن عين المرهون أمانة في يد المرتهن ، فصار من هذه الناحية كالوديعة ، يحفظه كما تحفظ .

ولا يجوز له حفظه بغير هؤلاء ، فإذا أودعه أو قصر في حفظه ، ضمن قيمته بالغة ما بلغت . والضامن عند أبي حنيفة : هو المرتهن لا الوديع ، وعند الصاحبين : كلاهما ضامن ، المرتهن بالدفع ، والوديع بتسليمه ما ليس مملوكاً للدافع ، لكن يستقر الضامن في النهاية على المرتهن ، كما في وديع الوديع .

وجوز للمرتهن السفر بالمرهون إذا كان الطريق آمناً ، كما في الوديعة ، وإن كان له حمل ومؤنة^(١) .

(١) الدر المختار : ٣٤٥/٥ ، ٣٤٧ وما بعدها ، اللباب : ٦٤/٢ وما بعدها ، تكملة الفتح : ٢٠٢/٨ .

المطلب الرابع - الإنفاق على الرهن أو مؤونة الرهن :

اتفق الفقهاء على أن نفقة أو مؤونة الرهن على المالك الراهن ؛ لأن الشارع قد جعل الغنم والغرم للراهن : « لا يغلق - لا يَتملك - الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه ، وعليه غرمه »^(١) .

لكنهم اختلفوا على رأيين في نوع النفقة الواجبة على الراهن .

١ - فقال الحنفية^(٢) : توزع النفقة على الراهن ، باعتباره مالك العين ، وعلى المرتهن ، باعتباره مكلفاً بحفظها ، على النحو التالي :

كل ما يحتاج إليه من النفقات لمصلحة المرهون وتبقيته ، فهو على الراهن ؛ لأنه ملكه . وكل ما كان لحفظ المرهون ، فهو على المرتهن ؛ لأن حيسه له ، فلزمه توابعه .

وبناء عليه ، على الراهن : طعام الحيوان وشرابه وأجرة الراعي . وعليه سقي الشجر ونفقة تلقيحه وجذاذه (قطفه) والقيام بمصالحه ، وسقي الأرض وإصلاحها وكري أنهارها وإنشاء مصارفها ، وضريبة خراجها وعشر حاصلاتها ؛ لأن كل ما ذكر من مؤونة (ما به بقاؤه) المال المملوك ، ومؤونة المملوك على مالكه .

ولا يجوز للراهن أن يجعل النفقة على الرهن منه ، أو من زوائده ، إلا برضا المرتهن ، لأن المرهون كله قد تعلق به حق المرتهن ، وفي بيعه للإنفاق على الباقي اعتداء على حقه ، فلا يجوز بغير إذنه .

وعلى المرتهن أجرة الحفظ ، للحارس أو المحل الذي يحفظ فيه المرهون ، مثل أجر

(١) سبق تحريجه ، رواه الشافعي والدارقطني وغيرهما عن أبي هريرة ، وقال عنه الدارقطني : هذا إسناد حسن متصل (نيل الأوطار : ٢٣٥/٥) فإن قيل : إن نهاية الحديث من كلام ابن المسيب ، أوجب بأن مراسيله يعمل بها ، بل إنه تأيد بمرفوع عند غيره .

(٢) البدائع : ١٥١/٦ ، تبين الحقائق : ٦٨/٦ ، اللباب : ٦١/٢ ، الدر المختار وحاشيته : ٣٤٦/٥ ، تكملة الفتح :

حظيرة الحيوان ، وأجرة المخزن المحفوظ فيه ، لأن الأجرة مؤنة الحفظ ، وهي عليه . وبناء عليه لا يجوز أن يشترط في عقد الرهن أجر للمرتهن على قيامه بحفظ الرهن ، لأنه واجب عليه ، ولا أجر على واجب .

وروي عن أبي يوسف : أن أجرة المأوى على الراهن ، بمنزلة النفقة ؛ لأنه سعي في تبيته .

وأما نفقات رد المرهون عند ضياعه ، ونفقات علاجه من القروح أو الأمراض^(١) ، فعلى كل من الراهن والمرتهن ، المرتهن بقدر ضمانه : وهو ما يقابل الدين ، والباقي : وهو ما زاد على قدر الدين ، وهو الأمانة التي لا تدخل في ضمان المرتهن ، على الراهن .

٢ - وقال المالكية والشافعية والحنابلة (الجمهور)^(٢) : إن جميع نفقات أو مؤونات الرهن على الراهن ، سواء منها ما كان لبقاء عينه ، أو بقصد حفظه وعلاجه ، للحديث السابق : « لا يغلط الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه وعليه غرمه » وكل إنفاق من غرمه ، ولأن نفقة المملوك على مالكة .

فإن لم ينفق الراهن ، ما الحكم ؟

قال المالكية : إن لم ينفق الراهن ، واحتاج الرهن إلى نفقة كعلف حيوان وإصلاح عقار ، أنفق المرتهن ، ويرجع بجميع ما أنفق على الراهن ، وإن زاد على قيمة الرهن . وتكون النفقة ديناً في ذمة الراهن ، لا بمالية الرهن أو عينه ، سواء أنفق بإذن منه ، أم بغير إذن ، لأنه قام بواجب على الراهن .

وقال الشافعية : يجبر القاضي الراهن على النفقة على المرهون إذا كان حاضراً

(١) وجاء في الفتاوى البزازية : أن ثمن الدواء وأجرة الطبيب على المرتهن .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي : ٢٥١/٣ وما بعدها ، مغني المحتاج : ١٣٦/٢ ، المغني : ٣٩٢/٤ ، كشاف القناع :

٣٢٦/٣ وما بعدها ، المهذب : ٣١٤/١ .

موسراً، فإن تعذر الجبر بسبب إعساره أو غيبته، ففي حال الغيبة يمونه القاضي من مال الراهن إن كان له مال. وفي حال الإعسار: يقترض القاضي، أو يبيع جزءاً من الرهن لإبقائه، أو يأمر المرتهن بالإفناق عليه، على أن يكون ديناً في ذمة الراهن.

وإذا أنفق المرتهن، رجع على الراهن إن كان الإفناق بإذن القاضي، أو أشهد عند الإفناق. وعند غيبة الراهن: أشهد أنه إنما أنفق ليرجع.

وقال الحنابلة: إن أنفق المرتهن بدون إذن الراهن، مع قدرته على استئذاته، كان متبرعاً، لا حق له في الرجوع بما أنفق. فإن عجز عن استئذانه لغيبة أو نحوها، وأنفق، يرجع بأقل المبلغين: نفقة المثل، وما أنفقه فعلاً، بشرط أن ينوي الرجوع بالنفقة. ولا يشترط استئذان القاضي، ولا الإشهاد على النفقة.

المطلب الخامس - الانتفاع بالرهن:

لا يجوز تعطيل منفعة الرهن؛ لأنه تضييع للمال وإهدار له، وإنما يجب الإفادة منه أثناء الرهن، فمن الذي ينتفع به، الراهن أم المرتهن؟

نبحث كل حالة على حدة، انتفاع الراهن، ثم انتفاع المرتهن.

أولاً - انتفاع الراهن بالرهن:

هناك في انتفاع الراهن بالرهن رأيان: رأي الجمهور غير الشافعية بعدم جواز الانتفاع. ورأي الشافعية بجوازه ما لم يضر بالمرتهن^(١). وتفصيل الأقوال فيما يأتي:

١ - قال الحنفية^(٢): ليس للراهن أن ينتفع بالرهون استخداماً أو ركوباً أو لبساً أو سكنى وغيرها، إلا بإذن المرتهن، كما أنه ليس للمرتهن الانتفاع بالرهن إلا بإذن الراهن، ودليلهم على الحالة الأولى: أن حق الحبس ثابت للمرتهن على سبيل الدوام،

(١) الإفصاح: ٢٣٨/١.

(٢) البدائع: ١٤٦/٦، الدر المختار: ٣٤٢/٥ وما بعدها.

وهذا يمنع الاسترداد . فإن انتفع الراهن من غير إذن المرتهن ، فشرب لبن البقرة المرهونة ، أو أكل ثمر الشجر المرهون ، ونحوهما ، ضمن قيمة ما انتفع به ؛ لأنه تعدى بفعله على حق المرتهن ، وتدخل القيمة التي هي بدل الاستهلاك في حبس المرتهن للرهن ، ويتعلق بها الدين .

وإذا استعاد الراهن الرهن لاستعماله بدون إذن المرتهن ، فركب الدابة المرهونة ، أو لبس الثوب المرهون ، أو سكن الدار المرهونة أو زرع الأرض ، ارتفع ضمان المرتهن للرهن ، وكان غاصباً للرهن ، فيرد إلى المرتهن جبراً عنه . وإذا هلك في يده هلك عليه . فإن لم يترتب على انتفاع الراهن بالرهن رفع يد المرتهن ، فله الانتفاع به ، كإيجار آلة يشغلها المرتهن ، مثل آلة طحن ونحوه ، فأجر ما تطحنه حينئذ للراهن ؛ لأن نماء الرهن وزوائده للراهن^(١) ، وإذا أخذه المرتهن احتسب من دينه . وهذا المذهب مبني على أن الرهن يلحق الزيادة المتولدة من الرهن متصلة أو منفصلة عنه .

٢ - وقال الحنابلة^(٢) مثل الحنفية : لا يجوز للراهن الانتفاع بالرهن إلا بإذن أو رضا المرتهن . فليس له استخدامه ولا ركوبه ولا لبسه ولا سكناه . وتعطل منافعه أي على كره من الشرع ، إذا لم يتفق الراهن والمرتهن على انتفاع الراهن ، فتغلق الدار مثلاً حتى يفك الرهن ؛ لأن الرهن عين محبوسة ، فلم يجوز للمالك أن ينتفع بها ، كالمبيع المحبوس لدى الراهن حتى يوفى ثمنه .

وهذا المذهب مبني على مبدأ أن جميع منافع الرهن ونمائه تكون رهناً مع أصلها ، كالحنفية تماماً .

إصلاح الرهن : ولا يمنع الراهن من إصلاح الرهن ودفع الفساد عنه ومداواته إن احتاج إليها ، وإنزاع الفحل على الأنثى المرهونة عند الحاجة .

(١) الدر المختار : ٣٧٠/٥ .

(٢) المغني : ٣٩٠/٤ وما بعدها ، كشاف القناع : ٣٢٢/٣ .

٣- وتشدد المالكية^(١) أكثر من المذهبين السابقين ، فقرروا عدم جواز انتفاع الراهن بالرهن ، وقرروا أن إذن المرتهن للراهن بالانتفاع مبطل للرهن ، ولو لم ينتفع ؛ لأن الإذن بالانتفاع يعد تنازلاً عن حقه في الرهن .

وبما أن منافع الرهن مملوكة للراهن ، فله أن ينيب المرتهن في أن ينتفع بالرهن نيابة عنه ولحساب الراهن ، حتى لا تتعطل منافع الرهن . فإن عطيل المرتهن استغلال المرهون ، كإغلاق الدار ، ضمن عند بعض المالكية أجرة المثل في مدة التعطيل ؛ لأنه ضيعها عليه . وقال بعضهم : لا يضمن ، إذ ليس عليه أن يستغل للراهن ماله . وقال بعضهم : يضمن إلا إذا علم الراهن بالاستغلال ولم ينكر عليه التعطيل .

٤- وأما الشافعية^(٢) فقالوا خلافاً للجمهور السابق : للراهن كل انتفاع بالرهن لا يترتب عليه نقص المرهون ، كالركوب ، والاستخدام ، والسكنى ، واللبس ، والحمل على الدابة أو السيارة ؛ لأن منافع الرهن ونفائه ملك للراهن ، ولا يتعلق بها الدين عندهم ، وخبر الدارقطني والحاكم : « الرهن مركوب ومحلوب » وخبر البخاري : « الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً » .

أما ما يترتب عليه نقص قيمة الرهن كالبناء والغرس في الأرض المرهونة ، فلا يجوز للراهن إلا بإذن المرتهن مراعاة لحقه . وللمرتهن أن يرجع عن إذنه قبل تصرف الراهن .

وإذا أمكن الراهن الانتفاع بالمرهون بغير استرداد كإيجار آلة عند المرتهن ، لم يسترد من المرتهن . وإن لم يكن الانتفاع به بغير استرداد كأن يكون داراً يسكنها ، أو دابة أو سيارة يركبها ، فيسترد للحاجة إليه ، حتى إذا انتهى انتفاعه به ، رده على المرتهن .

(١) الشرح الكبير مع الدسوقي : ٢٤١/٣ وما بعدها

(٢) مغني المحتاج ١٣١/٢ وما بعدها .

ثانياً - انتفاع المرتهن بالرهن :

يرى الجمهور غير الحنابلة : أنه ليس للمرتهن أن ينتفع بشيء من الرهن . وحملوا ما ورد من جواز الانتفاع بالمحلوب والمركوب بمقدار العلف على ما إذا امتنع الراهن من الإنفاق على الرهن ، فأنفق عليه المرتهن ، فله الانتفاع بمقدار علفه . والحنابلة يميزون الانتفاع للمرتهن بالرهن إذا كان حيواناً ، فله أن يحلبه ويركبه بقدر ما يعلفه وينفق عليه^(١) . وتفصيل المذاهب كما يأتي :

١ - قال الحنفية^(٢) : ليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون استخداماً ولا ركوباً ولا سكنى ولا لبساً ولا قراءة في كتاب ، إلا بإذن الراهن ؛ لأن له حق الحبس دون الانتفاع . فإن انتفع به ، فهلك في حال الاستعمال يضمن كل قيمته ، لأنه صار غاصباً .

وإذا أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بالمرهون ، جاز مطلقاً عند بعض الحنفية . ومنهم من منعه مطلقاً ؛ لأنه ربا أو فيه شبهة الربا ، والإذن أو الرضا لا يحل الربا ولا يبيح شبهته . ومنهم من فصل فقال : إن شرط الانتفاع على الراهن في العقد ، فهو حرام ؛ لأنه ربا ، وإن لم يشرط في العقد ، فجائز ؛ لأنه تبرع من الراهن للمرتهن . والاشتراط كما يكون صريحاً ، يكون متعارفاً ، والمعروف كالمشروط .

وهذا التفصيل هو المتفق مع روح الشريعة ، والغالب من أحوال الناس أنهم عند دفع القرض إنما يريدون الانتفاع ، ولولاه لما أعطوا الدراهم ، وهذا بمنزلة الشرط ؛ لأن المعروف كالمشروط ، وهو مما يُعَيَّن المنع ، كما قال ابن عابدين .

وأرى أن الاحتياط في الدين أمر واجب ، وكل قرض جر نفعاً مشروطاً أو

(١) بداية المجتهد : ٢٧٣/٢ .

(٢) الدر المختار ورد المختار : ٣٤٢/٥ ، البدائع : ١٤٦/٦ ، تبين الحقائق : ٦٧/٦ ، الهداية مع تكملة الفتح :

متعارفاً فهو عند الحنفية ربا ، وقد صرح ابن نجيم في الأشباه أنه يكره (أي تحريماً) للمرتهن الانتفاع بالرهن^(١) . وقال في التتارخانية ما نصه : « ولو استقرض دراهم ، وسلم حماره إلى المقرض ليستعمله إلى شهرين ، حتى يوفيه دينه ، أو داره ليسكنها ، فهو بمنزلة الإجارة الفاسدة ، إن استعمله ، فعليه أجر مثله ، ولا يكون رهناً » . وعليه نرى أن ما اعتاده الناس في زماننا من رهن الدور على أن يسكنها المرتهن ، ريثما يرد إليه الراهن دينه ، وهو قرض ، غير جائز باتفاق المذاهب ، وليس العقد من قبيل بيع الوفاء ، لعدم انصراف مقاصد الناس إلى البيع .

٢ - فصل المالكية^(٢) فقالوا : إذا أذن الراهن للمرتهن بالانتفاع أو اشترط المرتهن المنفعة ، جاز إن كان الدين من بيع أو شبهه (معاوضة) ، وعينت المدة بأن كانت معلومة ، للخروج من الجهالة المفسدة للإجارة ، لأنه بيع وإجارة ، وهو جائز . والجواز كما قال الدردير بأن يأخذ المرتهن المنفعة لنفسه مجاناً ، أو لتحسب من الدين على أن يعجل دفع باقي الدين . ولا يجوز إن كان الدين قرضاً (سلفاً) ؛ لأنه قرض جرنفعاً . ولا يجوز الانتفاع في حالة القرض إن تبرع الراهن للمرتهن بالمنفعة أي لم يشترطها المرتهن ؛ لأنها هدية مديان ، وقد نهى عنها النبي ﷺ^(٣) .

والخلاصة : أن هناك صوراً ثمانية لاشتراط المرتهن منفعة الرهن لنفسه ، سبعة منها ممنوعة ، وواحدة منها فقط جائزة . أما الممنوعة فأربع صور منها في القرض : وهي ما إذا كانت مدة المنفعة معينة ، أو مجهولة ، مشرطة أو متطوعاً بها ، وثلاث صور منها في البيع : وهي ما إذا كانت متطوعاً بها ، سواء كانت مدتها معينة أم مجهولة ، أو كانت مشرطة ولم تعين مدتها أي المدة مجهولة .

(١) المقرر في القانون المدني السوري والمصري يتفق مع الشريعة ، فقد نص فيها على أنه ليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن دون مقابل .

(٢) الشرح الكبير للدردير والدسوقي : ٢٤٦/٣ ، بداية المجتهد : ٢٧٢/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٤ .

(٣) عن أنس عن النبي ﷺ قال : « إذا أقرض فلا يأخذ هدية » أي قبل الوفاء . رواه البخاري في تاريخه (نيل الأوطار : ٢٣١/٥) .

وأما الصورة الجائزة : فهي ما إذا كانت المنفعة مشترطة في عقد البيع ، والمدة معينة . ومحل الجواز فيها إذا اشترطت ليأخذها المرتهن مجاناً ، أو لتحسب من الدين على أن يعجل الباقي منه .

٣- وقال الشافعية^(١) كالمالكية إجمالاً : ليس للمرتهن أن ينتفع بالعين المرهونة لقول النبي ﷺ : « لا يعلق الرهن من صاحبه ، الذي رهنه ، له غنمه وعليه غرمه » قال الشافعي : غنمه : زياداته . وغرمه : هلاكه ونقصه . ولا شك أن من الغنم سائر وجوه الانتفاع . وهذا رأي ابن مسعود .

فإن شرط المرتهن في عقد القرض ما يضر الراهن ، كأن تكون زوائد المرهون أو منفعته له ، أي للمرتهن ، بطل الشرط ، والرهن في الأظهر لحديث « كل شرط ليس في كتاب الله تعالى ، فهو باطل » ، وأما بطلان الرهن فلمخالفة الشرط مقتضى العقد ، كالشرط الذي يضر المرتهن نفسه .

أما إن كانت المنفعة مقدرة أو معلومة ، وكان الرهن مشروطاً في بيع ، فإنه يصح اشتراط جعل المنفعة للمرتهن ؛ لأنه جمع بين بيع وإجارة في صفقة ، وهو جائز . مثل أن يقول شخص لغيره : بعثك حصاني بمئة بشرط أن ترهنني بها دارك ، وأن تكون منفعتها لي سنة ، فبعض الحصان مبيع ، وبعضه أجرة في مقابلة منفعة الدار .

٤- وأما الحنابلة^(٢) فقالوا في غير الحيوان : ما لا يحتاج إلى مؤنة (قوت) كالدار والمتاع ونحوه ، لا يجوز للمرتهن الانتفاع به بغير إذن الراهن بحال ؛ لأن الرهن ومنافعه وغماءه ملك الراهن ، فليس لغيره أخذها بغير إذنه ، فإن أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بغير عوض ، وكان دين الرهن من قرض لم يجز ؛ لأنه قرض جرم منفعة ،

(١) حاشية البجيرمي على الخطيب : ٦١/٣ ، الإفصاح لابن هبيرة : ٢٣٨/١ ، مغني المحتاج : ١٢١/٢ .
(٢) المغني : ٣٨٥/٤ وما بعدها ، كشاف القناع : ٣٤٢/٣ وما بعدها . وعبارتهم في الموضوع : « لا ينتفع المرتهن من الرهن بشيء ، إلا ما كان مركوباً أو مخلوباً ، فيركب ويحلب بقدر العلف » .

وذلك حرام . قال أحمد : أكره قرض الدور وهو الربا المحض ، يعني إذا كانت الدار رهناً في قرض ينتفع بها المرتهن .

وإن كان الرهن بثن مبيع ، أو أجر دار أو دين غير القرض ، فأذن له الراهن في الانتفاع ، جاز ، أي ولو مع المحاباة في الأجرة .

وإن كان الانتفاع بعوض هو أجر المثل من غير محاباة ، جاز في القرض وغيره ، لكونه لم ينتفع بالقرض ، بل بالإجارة . وإن حاباه لا يجوز في القرض ، ويجوز في غيره .

والخلاصة : أن الانتفاع إن كان بعوض جاز في القرض وغيره إن كان بأجر المثل ، وإن كان بغير عوض لا يجوز في القرض ، وإذا انتفع المرتهن من غير إذن الراهن ، حسب من دينه .

وأما الحيوان : فيجوز للمرتهن أن ينتفع به إن كان مركوباً أو مخلوباً ، على أن يركب ويحلب ، بقدر نفقته ، متحريراً العدل في النفقة ، وإن لم يأذنه الراهن .

ودليلهم الحديث السابق : « الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ، ولبن الدر يُشرب بنفقته إذا كان مرهوناً ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة » وجملة « الظهر يركب ، والدر يشرب » جملة خبرية في معنى الإنشاء مثل : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن ﴾ ولأن التصرف معاوضة ، والمعاوضة تقتضي المساواة بين البديلين .

لكن قال ابن القيم في أعلام الموقعين : لا ضرورة إلى المساواة بين البديلين ؛ لأن الشارع ساوى بينهما ، ويعسر علينا أمر الموازنة بين الركوب واللبن وبين النفقة .

ولم يعمل الجمهور بهذا الحديث ، وقالوا : إنه حديث ترده أصول وأثار صحيحة . ويدل على نسخه حديث : « لا تحلب ماشية امرئ بغير إذنه »^(١) ، وحديث :

(١) أخرجه البخاري في أبواب المظالم عن ابن عمر (سبل السلام : ٥١/٣) .

« لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه وعليه غرمه » .

وأجاب الحنابلة : بأن السنة أصل ، فكيف تردّها الأصول؟! وأما الحديث الناسخ فهو عام ، وحديث الرهن خاص ، فيكون الخاص مقيداً له .

وأرى الأخذ بهذا الاستثناء الوارد عند الحنابلة ؛ لأن الحديث صحيح . وفيما عداه القول الراجح هو ما عليه اتفاق المذاهب ، بدليل أن الحنابلة قالوا :

إن شرط في الرهن أن ينتفع به المرتهن ، فالشرط فاسد ؛ لأنه ينافي مقتضى الرهن ، وأما الرهن في البيع فجائز لأنه بيع وإجارة كما قال الشافعية .

المطلب السادس - التصرف في الرهن :

إما أن يصدر التصرف في الرهن من الراهن أو من المرتهن .

أولاً - تصرف الراهن بالرهن :

أ - قبل التسليم : ينفذ عند الحنفية والشافعية والحنابلة تصرف الراهن بالرهن قبل القبض بدون إذن المرتهن ؛ لأنه لم يتعلق به حق المرتهن حينئذ .

أما المالكية^(١) القائلون بأن الرهن يلزم بالإيجاب والقبول ، وبأن الراهن يجبر على تسليم الرهن للمرتهن ، فيجيزون - بالرغم مما ذكر - للراهن أن يتصرف في الرهن قبل القبض ، فلو باع الراهن الرهن المشترط في عقد المبيع أو القرض نفذ بيعه ، إن فرط مرتهنه في طلبه حتى باعه ، وصار دينه بلا رهن لتفريطه . فإن لم يفرط في الطلب وجدّ في المطالبة ، ففيه ثلاثة آراء :

الأول لابن القصار : وهو أن للمرتهن رد البيع ولا ينفذ ، إن كان المبيع باقياً . وإن فات (ذهب من يد البائع) كان ثمنه رهناً عنده مكانه ، وينفذ البيع .

(١) الشرح الكبير وحاشية الدوقي : ٢٤٨٣ .

الثاني لابن أبي زيد : وهو نفاذ البيع ، وجعل الثمن بدله رهناً .

الثالث لابن رشد : وهو نفاذ البيع ، ويصير الدين بلا رهن ، ولا يكون الثمن رهناً بدله .

وأما إن كان الرهن متطوعاً به بعد العقد ، وباعه الراهن قبل أن يقبضه المرتهن ، فينفذ بيعه ، وهل يكون ثمنه رهناً أو لا يكون ؟ فيه خلاف ، كالخلاف في بيع الهبة قبل قبضها .

ب - بعد التسليم : إذا سلم الراهن المرهون ، بقي على ملكه ، ولكن تعلق به دين المرتهن ، فاستحق حبسه وثيقة بالدين إلى أن يوفى عند الحنفية ، ويصبح متعيناً للبيع وثيقة بالدين عند الجمهور غير الحنفية .

وعلى كلا الرأيين : لا يجوز للراهن أن يتصرف بالرهن إلا بإذن المرتهن ، لتعلق حقه به ، فيتنازل عن حقه في حبس الرهن أو تعينه للبيع . وتفصيل المذاهب فيما يأتي :

١ - قال الحنفية^(١) : إذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن ، فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به ، فإن أجازته المرتهن ، أو قضاه الراهن دينه ، أو أبرأه المرتهن عن الدين ، جاز البيع ونفذ ، وصار ثمنه في غير حال الوفاء بالدين رهناً مكانه في ظاهر الرواية ؛ لأن البدل له حكم المبدل . وإن لم يجزه ، لم يفسخ وبقي موقوفاً في أصح الروايتين ، وكان المشتري - في حال عدم علمه بأنه مرهون - بالخيار : إن شاء صبر إلى فك الرهن ، أو رفع الأمر إلى القاضي بفسخ البيع .

ووجه ظاهر الرواية : أن حق المرتهن متعلق بمالية المرهون ، فإذا بيع وأصبح

(١) البدائع : ١٤٦/٦ ، تكملة الفتح : ٢٢٤/٨ ، تبين الحقائق : ٨٤/٦ وما بعدها ، الدر المختار : ٣٦١/٥ ، الباب :

الثلث بدلاً عن المال المرهون ، لم يتضرر المرتهن ؛ لأن حقه لم يزل بالبيع .

وإذا تكرر بيع الراهن قبل أن يجيز المرتهن ، كأن باعه مرة ثانية ، كان البيع الثاني موقوفاً أيضاً على إجازة المرتهن ، فأى البيعين أجازته لزم ، وبطل الآخر .

وإذا كان التصرف الثاني (الوارد بعد بيع الراهن الزهن) هبة أو إجازة أو رهناً فأجاز المرتهن هذا التصرف ، نفذ البيع الأول ، دون هذه التصرفات ؛ لأن إجازته هذه التصرفات إسقاط لحقه في الحبس ، وبها يزول المانع من نفاذ البيع ، فينفذ ، وتتحقق مصلحة المرتهن بتحول حقه لثلث المبيع ، أما تلك التصرفات فليس في نفاذها منفعة للمرتهن ، لعدم تحول حقه فيها إلى بدل يقوم مقام المرهون .

وإذا تصرف الراهن أولاً بالإعارة أو الإجازة أو الهبة أو الرهن ، كان تصرفه أيضاً موقوفاً على إجازة المرتهن .

أما في حال الإعارة : فإن ردها المرتهن بطلت ، وإن أجازها نفذت ، ولا يبطل بإجازتها عقد الرهن ؛ لأن الإعارة عقد غير لازم ، فلكل من الراهن والمرتهن بعد نفاذها استرداد العارية ، وإعادتها رهناً كما كانت .

وأما في حال الإجازة : فإجازتها مبطللة لعقد الرهن ؛ لأنها عقد لازم .

وإذا تصرف الراهن بعقد من هذه العقود مع المرتهن ، فحكمها حكم إجازة المرتهن لهذه العقود إذا كانت لغيره . فإذا كان هو المشتري أو الموهوب له أو المتصدق عليه (أي المملك) ، فإن الرهن يبطل بذلك .

وإذا كان هو المستعير لم يبطل الرهن ، ولكن يرتفع ضمانه وقت انتفاعه بالعين المرهونة فقط ، فإذا هلك أثناء انتفاعه ، هلك هلاك الأمانات ، وإذا هلك قبل انتفاعه ، أو بعد انتهائه هلك هلاك الرهن .

وإذا كان هو المستأجر ، فإن جدد القبض للإجازة (وهو أمر شكلي) يبطل

الرهن ، ونفذت الإجارة ؛ لأن قبض الرهن دون قبض الإجارة ، فلا ينوب منابه ؛ لأن قبض الرهن قبض لا يؤدي إلى جواز الانتفاع ، وقبض الإجارة يؤدي إليه ، فهو أقوى ، فلم ينب منابه . وإذا جدد القبض للإجارة ، فهلك المقبوض ، هلك هلاك الأمانات ، لا يضمن إلا بالتعدي أو بالتقصير . ومن التعدي أن يمنع المرتهن الرهن عن مالكة بعد انتهاء مدة الإجارة .

٢- وقال المالكية^(١) : إذا تصرف الراهن بالرهن من غير إذن المرتهن ، ببيع أو إجارة أو هبة ، أو صدقة ، أو إعارة ونحوها ، كان التصرف باطلاً ، وبطل الرهن على المعتمد بمجرد الإذن (أي إذن المرتهن للراهن بالتصرف) ، وإن لم يتصرف الراهن ، لا اعتبار الإذن تنازلاً عن الرهن .

٣- وقال الشافعية^(٢) : ليس للراهن المُقبِضُ تصرف يزيل الملك ، كالهبة والبيع والوقف ، مع غير المرتهن بغير إذنه ؛ لأنه لو صح لفاتت الوثيقة . كما لا يصح له رهن المرهون لغير المرتهن الأول عنده ، ولا إجارة المرهون إن كان الدين حالاً ، أو يحل أجله قبل انقضاء مدة الإجارة ، ويعد التصرف حينئذ باطلاً .

فإن كان هذا التصرف مع المرتهن أو بإذنه ، فيصح ويبطل الرهن ، إلا في الإجارة فيستمر الرهن ، ويصح للراهن كل تصرف لا يضر المرتهن كالسكنى والركوب كما بينا سابقاً ، ويصح له أيضاً الإجارة والإعارة إلى مدة لا تمتد إلى ما بعد حلول الدين ، لأنه تصرف لا يمس حق المرتهن في بيع الرهن عند حلول الدين ، وعدم الوفاء .

٤- والحنابلة^(٣) كالشافعية قالوا : إذا تصرف الراهن بالرهن تصرفاً بغير إذن

(١) الشرح الكبير : ٢٤١/٣ وما بعدها ، ٢٤٨ ، بداية المجتهد : ٢٧٤/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٤ .

(٢) مغني المحتاج : ١٣٠/٢ وما بعدها ، المهذب : ٣٠٩/١ ، ٣١١ .

(٣) المغني : ٣٦٢/٤ ، كشف القناع : ٣٢١/٣ وما بعدها .

المرتهن ، بطل التصرف ؛ لأنه يؤدي إلى إبطال حق المرتهن بالوثيقة ، سواء أكان التصرف بيعاً أم إجارة أم هبة أم وقفاً ، أم رهناً وغيره . وإذا أذن المرتهن بهذا التصرف ، صح ، وبطل الرهن ، إلا في الإجارة فيستمر الرهن في الأصح . كما أن الرهن يبقى بحاله مستمراً إذا كان التصرف إعارة أذن بها المرتهن .

والخلاصة : أن تصرف الراهن بالرهن بغير إذن المرتهن موقوف عند الحنفية ، باطل عند الأئمة الآخرين .

ثانياً - تصرف المرتهن بالرهن :

تبين مما سبق أن حق الراهن قائم في عين الرهن ، فهو ملكه ، وحق المرتهن ثابت في ماليته ، فله حبسه لوفاء الدين .

وبناء عليه لا يجوز للمرتهن أن يتصرف في الرهن بغير إذن الراهن ، كما في تصرف الراهن ، لأنه تصرف فيما لا يملك ، ويكون تصرفه موقوفاً عند الحنفية والمالكية كتصرف الفضولي ، وباطلاً عند الشافعية والحنابلة ، وتفصيل المذاهب فيما يأتي :

١ - قال الحنفية^(١) : ليس للمرتهن أن يتصرف بالرهن بغير إذن الراهن ؛ لأنه تصرف فيما لا يملك ، إذ لا حق له إلا في حبس الموهون ، فإن تصرف بغير إذنه بالبيع أو الهبة ، أو الصدقة أو الإعارة ونحوها ، كان تصرفه موقوفاً على إجازة الراهن ، إن أجازته نفذ ، وإلا بطل . لكن إن أجره المرتهن بلا إذن ، فالأجرة له ، وإن كان بإذن فللمالك الراهن ، وبطل الرهن^(٢) .

وإن هلك الموهون عند المتصرف إليه ، ففيه تفصيل :

(١) البدائع : ١٤٦/٦ ، الدر المختار : ٣٤٢/٥ وما بعدها ، ورد المختار : ١٢٩/٥ .

(٢) الدر المختار ورد المختار : ٣٤٢/٥ ، ٣٧٢ .

أ- إن باعه المرتهن أو وهبه أو تصدق به أو أعاره فهلك عند المتصرف إليه ، فللراهن الخيار: إما أن يضمن المرتهن لتعديده ، ويستقر الضمان عليه ، فلا يرجع على أحد ، وبأدائه الضمان يتبين أنه تصرف في ملكه . وإما أن يضمن المتصرف إليه ولا يرجع أحدهم على المرتهن ؛ لأن كل واحد عامل لنفسه ، فالمشتري أو الموهوب له أو المتصدق له قبض لنفسه ، وفي ضمان نفسه ، سواء أكان عالماً بأنه معتد ، أم غير عالم ، لأنه في الحالة الأخيرة أقدم على تصرف يتبعه ضمانه ، كما لو كان ملكاً للمرتهن . وأما المستعير فقد قبض لنفسه لينتفع مجاناً .

ب- وإن أجره المرتهن أو أودعه ، أو رهنه ، ثم هلك ، فللراهن الخيار: إما أن يضمن المرتهن ، فلا يرجع على أحد ، ويتبين أنه تصرف في ملك نفسه ، أو يضمن المتصرف إليه ، ولكن يرجع كل منهم على المرتهن ؛ لأنه ليس عاملاً لنفسه ، وإنما هو عامل للمؤجر أو المودع أو الراهن في حفظ العين لصالحه أي المؤجر ونحوه ، وإذا كان كل منهم عاملاً للمرتهن فيرجعون بالضمان عليه .

وإذا كان الهلاك بتعدي المتصرف إليه ، كان هو الضامن لتعديده ، ويستقر الضمان عليه لو ضمن الراهن المرتهن .

ويلاحظ أنه إذا اختار الراهن تضمين المرتهن أو المتصرف إليه ، لا يعود إلى تضمين الآخر ؛ لأن اختياره تضمين أحدهما بمثابة تمليك له ، وإذا ملك شخصاً لم يكن له أن يملك غيره ، ولأن اختياره تضمين أحدهما يعتبر منه إقراراً بأنه هو المعتدي على حقه دون الآخر ، فلا يقبل منه بعدئذ تضمينه .

٢- وقال المالكية^(١) كالحنفية : لا يجوز تصرف المرتهن في الرهن بغير إذن الراهن ؛ لأنه تصرف فيما لا يملك . فإن تصرف فيه بغير إذنه بيعاً أو هبة أو إجارة أو إعارة ، كان موقوفاً على إجازة الراهن ، كتصرف الفضولي عندهم .

(١) الشرح الكبير والدسوقي : ٢٤٢/٣ .

وإن تصرف ياذن الراهن نفذ، وبطل رهنه إذا كان التصرف بيعاً أو هبة، أو إجارة لمدة تمتد إلى ما بعد حلول أجل الدين. أما إذا كانت مدتها تنتهي قبل حلول الدين، فلا يبطل الرهن، ويسترده المرتهن بعد انتهاء مدتها. كما يبطل الرهن بإعارته لمدة تمتد إلى ما بعد حلول أجل الدين، ولم يشترط رد المرهون إلى المرتهن عند حلول الدين، أو لم يكن هناك عرف يقضي برده. فإن انتهت مدة الإعارة قبل حلول الأجل، أو اشترط الرد عند الحلول، أو وجد عرف يقضي برده، فلا يبطل الرهن حينئذ.

٣- وقال الحنابلة والشافعية^(١): ليس للمرتهن أن يتصرف في الرهن بغير إذن الراهن؛ لأنه ليس ملكاً له، فإن أقدم على التصرف كان تصرفه باطلاً، ولا يبطل الرهن. أما إن تصرف ياذن الراهن فتصرفه ينفذ، ويبطل الرهن إن كان تملكاً. ولا يبطل الرهن إن كان إجارة أو إعارة، سواء أكان التصرف للراهن أم لغيره، وإنما يزول عند الحنابلة لزوم الرهن بالتصرف بالمرهون، وكأنه لم يلحقه قبض. فإذا عاد المرهون للمرتهن عاد رهناً كما كان. وأما عند الشافعية الذين لا يشترطون استدامة قبض الرهن، فيظل الرهن ولو كان بيد غير المرتهن.

المطلب السابع - ضمان الرهن :

نبحث هنا ثلاثة أمور:

أولها - صفة يد المرتهن .

وثانيها - كيفية ضمان المرتهن عند الحنفية وعند الجمهور .

وثالثها - استهلاك الرهن .

أولاً - صفة يد المرتهن : هل هي يد أمانة أو يد ضمان ؟ فيه رأيان : الأول

للحنفية ، والثاني للجمهور .

(١) المعنى : ٣٣١/٤ ، معني المحتاج : ١٣١/٢ .

١- قال الحنفية^(١) : يد المرتهن يد أمانة بالنظر لعين المال المرهون ، ويد استيفاء أو ضمان بالنسبة لمالية المرهون فيما يقابل الدين من مالية الرهن . بمعنى أن ما يساوي الدين من مالية الرهن تعتبر يد المرتهن عليه يد ضمان أو استيفاء ، فإذا امتنع رد المرهون لصاحبه بسبب هلاك أو غيره ، كان المرتهن مستوفياً من دينه هذا المقدار ، واحتسب من ضمانه ، وأما ما زاد من قيمة الرهن على الدين فهو أمانة ، يهلك هلاك الأمانة ، فلا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير .

وأدلتهم : حديث « الرهن بما فيه »^(٢) أي يهلك بما رهن فيه ، وما روي أن رجلاً رهن فرساً ، فنفق (مات) في يده ، فقال رسول الله ﷺ للمرتهن : « ذهب حقلك »^(٣) .

وقد عمل الحنفية بالحديث الأول : « إذا عمي الرهن فهو بما فيه » فقالوا^(٤) : معناه : إذا اشتبهت قيمته بعد هلاكه ، بأن قال كل : لا أدري كم كانت قيمته ، ضمن بما فيه من الدين .

أ- وقال الجمهور غير الحنفية^(٥) : يد المرتهن على الرهن يد أمانة ، فلا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير ، ولا يسقط شيء من الدين بهلاك الرهن . إلا أن المالكية بالرغم من قولهم بأن يد المرتهن يد أمانة استحسنا تضمين المرتهن عند وجود التهمة : وهي عندما يكون الرهن مما يغاب عليه (أي يمكن إخفاؤه) كالحلي والثياب والكتب والسلاح والسفينة وقت جريها ونحوه مما يمكن إخفاؤه وكتمه ، إذا كان المرهون بيد

(١) الدر المختار : ٣٤٢/٥ ، اللباب : ٥٥/٢ ، تكملة الفتح : ١٩٨/٨ ، تبين الحقائق : ٦٣/٦ ، البدائع : ١٥٤/٦ .

(٢) رواه الدارقطني مسنداً عن أنس وأبو داود مرسلأ ، والأول حديث ضعيف والثاني مرسل صحيح (نصب الراية : ٢٢١/٤) .

(٣) رواه أبو داود في مراسيله ، وابن أبي شيبة في مصنفه ، وهو مرسل وضعيف (نصب الراية : ٢٢١/٤) .

(٤) الدر المختار : ٣٤٨/٥ .

(٥) الشرح الكبير والدسوقي : ٢٥٣/٢ - ٢٥٥ ، بداية المجتهد : ٢٧٢/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٤ ، مغني المحتاج :

١٣٦/٢ ، المهذب : ٣١٦/١ ، أعلام الموقعين : ٣٥/٤ ، المغني : ٣٩٦/٤ ، كشاف القناع : ٣٢٨/٣ .

المرتهن ، لا بيد أمين (عدل) ، ولم تقم بينة (شهادة اثنين) أو شاهد مع يمين على احتراقه أو سرقة أو تلفه ، بلا تعدٍ ولا إهمال من المرتهن .

أما إذا كان المرهون مما لا يغاب عليه كالعقار والحيوان ، أو كان الرهن بيد أمين ، أو قامت بينة على تلفه بلا تعدٍ ولا إهمال من المرتهن ، فلا يضمنه المرتهن عند هلاكه .

ودليل الجمهور على كون يد المرتهن يد أمانة : حديث أبي هريرة السابق : « لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه وعليه غرمه » فقد جعل النبي غرم الرهن - ومنه هلاكه - على الراهن ، وإنما يكون غرمه عليه إذا هلك أمانة ؛ لأن عليه قضاء دين المرتهن . أما إذا هلك مضموناً ، فإن غرمه على المرتهن ، حيث سقط حقه ، لا على الراهن .

ثم إن الرهن وثيقة بالدين ، فلا يجوز أن يسقط الدين بهلاكه ، إذ يتنافى السقوط مع كونه وثيقة .

كما أن وجود المرهون في يد المرتهن حدث برضا الراهن ، فكان بسبب الرضا أميناً ، كالوديع بالنسبة للمودع .

ويلاحظ أن رأي الجمهور أقوى لقوة أدلتهم ، وضعف أحاديث الحنفية .

ثانياً - كيفية ضمان المرتهن :

١ - مذهب الحنفية : إن المرهون مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ^(١) ، فإن كانت القيمة أقل من الدين ، فهو مضمون بالقيمة وسقط من الدين بقدرها ، ورجع المرتهن بالفضل الزائد على الراهن ، وإن تساوى الدين وقيمة المرهون ، صار المرتهن

(١) أي بما هو أقل . و « من » لبيان الأقل الذي هو القيمة تارة ، والدَّيْنُ أخرى .

مستوفياً دينه حكماً ، لتعلق قيمة الرهن بدمته ، وإن كانت قيمة الرهن أكثر من الدين ، فالفضل الزائد أمانة في يد المرتهن لا يضمن ما لم يتعد عليه ، أو يقصر في حفظه^(١) .

شروط الضمان : اشترط الحنفية لضمان الرهن على النحو المذكور شروطاً ثلاثة^(٢) :

الأول - شرط بقاء الدين أي وجود الدين عند هلاك المرهون ، أو أن يكون موعوداً به عند قبض الرهن : فإذا سقط الدين قبل هلاك الرهن ، بالإبراء أو بالوفاء ونحوهما ، ثم هلك الرهن ، فإنه يهلك على الراهن بغير شيء ، ولا ضمان على المرتهن حينئذ .

الثاني - شرط بقاء القبض أي أن يكون هلاك الرهن في يد المرتهن أو في يد العدل ، وفي حال قبضه على حكم الرهن : فإذا هلك المرهون ، وهو في يد الراهن ، أو في يد غاصبه ، لم يهلك هلاك الرهن ، وإنما يهلك على ضمان الراهن إذا كان في يده ، أو على ضمان الغاصب إذا هلك في يده .

وإذا أذن الراهن المرتهن في الانتفاع بالرهن ، فهلك حال انتفاعه به ، بناء على الإذن ، فإنه أيضاً يهلك هلاك الأمانة ، ولا يسقط بهلاكه شيء من الدين ، لأنه لم يهلك في قبض الرهن ، وإنما هلك في قبض العارية .

أما إن هلك قبل أن يبدأ انتفاعه به ، أو بعد انتهائه ، فإنه يهلك هلاك الرهن ، لأنه هلك في قبض الرهن .

وكذلك لو أعاره أحدهما بإذن الآخر لأجنبي ، فهلك عنده ، هلك هلاك

(١) الباب : ٥٥/٢ ، البدائع : ١٦٠/٦ ، ومراجع الحنفية في صفة يد المرتهن .

(٢) البدائع : ١٥٥/٦ - ١٦٠ ، تكملة الفتوح : ٢٤٠/٨ .

العارية . وإن أودعه المرتهن لدى الراهن ، فهلك في يده ، لم يسقط شيء من الدين بهلاكه ، لانتقاض قبض الرهن برده إلى الراهن .

الثالث - شرط كون المرهون مقصوداً بالرهن أي ألا يكون الهالك من زيادة الرهن ونمائه ، مما يدخل في الرهن تبعاً ، كالولد واللبن والثمره والصوف ونحوها ، من كل زيادة متولدة منفصلة .

فإذا هلك الناء أو الزيادة ، هلك هلاك الأمانة ؛ لأن الزيادة لم تدخل في الرهن إلا تبعاً للأصل ، فكانت يد المرتهن عليها يداً تابعة ليده على أصلها .

نقص سعر المرهون : لا يؤثر نقص سعر المرهون عند جمهور الحنفية خلافاً لزفر في ضمان الرهن ؛ لأن ما يسقط من الدين بهلاك الرهن مراعى فيه قيمته وقت قبضه ، لا وقت هلاكه ؛ لأن قبضه قبض استيفاء ، فتراعى قيمته في وقت القبض . فإذا نقصت قيمته بسبب تغير الأسعار ، لا يسقط بسبب التغير شيء من الدين^(١) .

نقص قيمة الرهن بسبب هلاك بعضه أو تعيبه : إذا كان الرهن متعدداً ، فهلك بعضه ، أو كان سلبياً فتعيب عند المرتهن ، سقط من الدين بمقدار ما نقص من قيمة الرهن بسبب هلاك بعضه أو تعيبه ، وكان الباقي من الرهن رهناً بالباقي من الدين .

إلا أنه إذا كان المرهون من الأموال الربوية بأن كان مكيلاً أو موزوناً ورهن بجنسه كسوار ذهب بليرات ذهبية وكسبيكة فضية مجلي من فضة ، ثم هلك ، فهلك عند أبي حنيفة بمثله وزناً من الدين^(٢) ، وإن اختلف الرهن والدين في الجودة والصناعة ؛ لأنه لا عبرة بالجودة ، أي لا ينظر إليها عند المقابلة بالجنس في الأموال

(١) تبين الحقائق : ٩١/٦ .

(٢) تكللة الفتح : ٢١٢/٨ ، تبين الحقائق : ٧٤/٦ ، اللباب : ٥٧/٢ .

الربوية^(١) . وإن رهنه بخلاف جنسها كقمح بذهب هلكت بقيمتها كسائر الأموال .

٢- مذهب الجمهور غير الحنفية في كيفية ضمان الرهن :

لا يضمن الرهن عند جمهور الفقهاء^(٢) إذا هلك بلا تعد ولا تقصير، وهو في يد المرتهن، وإنما يضمن بالتعدي أو التقصير، ولا يسقط شيء من الدين بتلف المرهون إلا أن المالكية - كما تقدم - ضمنوا المرتهن إذا كان الرهن مما يغاب عليه، كالخلي والسلاح والثياب والكتب والسفينة وقت جريها، ولم تقم بينة على هلاكه من غير تعد ولا تقصير؛ وعندئذ يضمن قيمته بالغة ما بلغت، ويستمر الضمان إلى تسليم الرهن لصاحبه، فلا يرفعه وفاء الدين ولا سقوطه . ويسقط حينئذ عندهم دين المرتهن إن كان مساوياً للرهن . ولديهم قولان في وقت تقدير قيمة المرهون : قول بتقديرها يوم الضياع (أي التغيب) وقول بتقديرها يوم الارتهان^(٣) .

ثالثاً - حكم استهلاك الرهن :

اتفقت المذاهب على وجوب ضمان الرهن باستهلاكه، وعلى أن قيمة الضمان تحل محل المرهون، واختلفوا في جزئيات مثل تحديد الخضم الذي يطالب بالضمان، وتعيين وقت تقدير القيمة .

فقال الحنفية^(٤) : إذا استهلك أو أتلّف الرهن، ضمن قيمته إن كان قيمياً،

(١) وقال صاحبان : يضمن المرتهن قيمة المرهون من مال آخر خلاف جنسه، ويجل الضمان مكان أصله في الرهن عند المرتهن .

(٢) المغني : ٣٩٦/٤ ، مغني المحتاج : ١٣٧/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٢٤ ، الشرح الكبير : ٢٤٤/٣

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢٥٣/٣ . قال الدسوقي : هل تعتبر القيمة يوم الضياع أي وقت تغييره ، أم يوم الارتهان ؟ قولان . ووفق بعضهم بين القولين بأن الأول هو ضمان قيمته يوم الضياع إذا كان قد ظهر عنده يوم ادعى التلف ، وأن الثاني - وهو ضمان قيمته يوم ارتهانه إذا لم يظهر عنده منذ ارتهانه إلى وقت ادعائه تلفه .

(٤) البدائع : ١٦٣/٦ ، تبيين الحقائق : ٨٧/٦ ، اللباب : ٦٠/٢

ومثله إن كان مثلياً ، يوم الاستهلاك أو الإلتلاف (وقت التعدي) ويكون المرتهن هو الخصم الذي يطالب الراهن بالضمان ؛ لأنه صاحب الحق بحبس المرهون ، ويأخذ المرتهن المضمون (القيمة أو المثل) رهناً في يده ؛ لأنه قائم مقام أصل المرهون ، إلى حلول أجل الدين . فإن كان الدين حالاً ، أخذ المرتهن دينه كله من القيمة .

وإذا استهلك المرتهن الرهن أو أتلّفه بتعدي أو تقصير من جهته ، ضمن قيمته إن كان قيمياً ، ومثله إن كان مثلياً ، والمعتبر قيمته يوم قبضه ؛ لأن المرهون دخل في ضمانه من يوم قبضه .

فإن أتلّفه أجنبي ، ضمن قيمته يوم التعدي ، كما هو المقرر في اعتداء الراهن ؛ لأن نشوء الضمان كان بالتعدي .

وسواء أتلّفه المرتهن أو الأجنبي أو الراهن يكون المضمون (مثلاً أو قيمة) رهناً مكان أصله ؛ لأنه بدله ، فيتعلق به حق المرتهن ، كما كان متعلقاً بأصله . ويكون الخصم في مطالبة الأجنبي أو الراهن بالضمان هو المرتهن ، ويعطى لمن كان أصل المرهون في يده ، من مرتهن أو عدل .

وقال الشافعية والحنابلة^(١) : يضمن المتعدي على الرهن قيمته أو مثله ، وقت التعدي ، ويكون بدله رهناً مكانه ، ولو لم يقبض هذا الضمان ، حتى يظل المرتهن صاحب امتياز أو أفضلية على سائر الغرماء في مقدار بدل الرهن من تركة المتعدي .

والخصم في اقتضاء بدل الرهن : هو الراهن ؛ لأنه المالك ، ولكن يقبضه من كان الأصل في يده من مرتهن أو عدل .

وقال المالكية^(٢) : تكون قيمة الرهن عند ضمانه ، بسبب التعدي عليه من الراهن

(١) معني المحتاج : ١٣٦/٢ ، ١٣٨ ، المعني : ٣٩٦/٤ ، كشف القناع : ٣٢٨/٣

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي : ٢٤٤/٣ ، ٢٥٣

أو من أجنبي إن لم يأت الراهن برهن مثل الأول . وتقدر القيمة يوم التعدي .
فإن كان المرتهن هو المتعدي على الرهن ، فيضمن قيمته يوم ضياعه (تغيبه) ،
وقيل : يوم ارتهانه .

المطلب الثامن - بيع الرهن :

الكلام عن بيع المرهون يتطلب أموراً خمسة : ولاية البيع الاختياري والجبري ،
وبيع ما يتسارع إليه الفساد ، وحق امتياز المرتهن ، واشتراط المرتهن تملك المرهون
عند عدم الوفاء ، واستحقاق الرهن بعد بيعه .

أولاً - ولاية بيع المرهون :

أ - البيع الاختياري : اتفق الفقهاء على أن المرهون يظل ملكاً للراهن بعد
تسليمه للمرتهن ، كما دلت السنة : « لا يغلط الرهن من صاحبه » فتكون ولاية بيع
المرهون للراهن ، لا لغيره ، لكن لتعلق حق المرتهن به ، وثبوت حق حبسه إياه عند
الجمهور غير الشافعية ، وكونه أولى بمالئته من الراهن ، يتوقف عند الحنفية والمالكية
نفاذ بيعه على رضا المرتهن وإذنه ، مادام حقه قائماً ، فإذا انتهى هذا الحق ، نفذ البيع
بانتهاؤه ، كما بينا في بحث التصرف بالرهن .

وعليه يكون للراهن باتفاق الفقهاء أن يبيع الرهن بإذن المرتهن . فإذا توفي
الراهن ، كانت ولاية البيع لوصيه أولوارثه ، كما يكون له في حال حياته ، أن يوكل
في البيع غيره ، فيوكل المرتهن ، أو العدل ، أو أجنبياً آخر غيرهما .

وذكر الحنفية^(١) فروقاً بين الوكالة المشروطة في عقد الرهن ، والوكالة المفردة
الحادثة بعد عقد الرهن ، من هذه الفروق :

(١) تبين الحقائق للزيلي : ٨١/٦ وما بعدها

أن الوكالة المشروطة في عقد الرهن لا ينعزل الوكيل فيها بعزل الموكل ولا بموت الراهن أو المرتهن ، ولا تقبل التقييد بعد الإطلاق ، ويجبر فيها الوكيل ببيع الرهن على بيعه إذا امتنع عنه ؛ لأن الوكالة صارت شرطاً أو وصفاً من شروط الرهن ، فتلزم بلزومه . بخلاف الوكالة المفردة في كل هذه الأحكام ، فإنها تنتهي بالعزل أو بموت الراهن والمرتهن ، ... إلخ ؛ لأنها لم تصر وصفاً من أوصاف الرهن ، ولم يتعلق بها حق المرتهن .

وأوضح المالكية^(١) بعض الأمور في حالة إذن الراهن بالبيع ، فقالوا : ليس للعدل أو المرتهن بيع الرهن إلا بإذن الراهن ؛ لأن ولاية البيع له ، فإذا أذن الراهن لأحدهما بالبيع ، فإما أن يكون الإذن مطلقاً أو مقيداً .

فإن قيده بعدم وفاء الدين في وقت معين ، لم يجز لأحدهما بيعه قبل الوقت ، بل يجب الرجوع إلى القاضي ، ليبين أن الدين قد وفي أم لا .

وإن كان الإذن مطلقاً ؛ فإن كان للعدل ، استقل حينئذ ببيعه بدون رجوع إلى القاضي . وإن كان للمرتهن ، فله البيع بدون الرجوع للقاضي إذا صدر الإذن بعد العقد ، أما إذا صدر حال العقد ، فلا يبيع إلا أن يرجع إلى القاضي ، حتى ترتفع شبهة إكراه الراهن على إصدار الإذن .

وينفذ البيع ، إذا لم يكن فيه غبن ، أما إن بيع بأقل من قيمته ، فللراهن أخذه من المشتري ، وإن تداولته الأيدي بأي ثمن شاء مما بيع به .

وقالوا كالحنفية : لا يملك الراهن ولا المرتهن عزل الوكيل في بيع الرهن ، كما لا يجوز له أن يعزل نفسه ، ولا ينعزل إلا باتفاقها على عزله .

وكذلك قرر الشافعية والحنابلة^(٢) : أن ولاية البيع للراهن ، بإذن المرتهن ، فلا

(١) الشرح الكبير والدسوقي : ٢٥٠/٣ وما بعدها

(٢) مغني المحتاج : ١٢٠/٢ ، المغني : ٣٦٢/٤ وما بعدها

يبيعه هو أو وكيله من غير إذنه، إلا إذا تعنت، فرفض أن يأذن بالبيع، فيرفع
الراهن الأمر للقاضي، فيأمره بأن يأذن بالبيع أو يبرئ الراهن، دفعاً للضرر عنه،
وإلا أذن القاضي للراهن بالبيع لوفاء الدين.

ب- البيع الجبري :

الرهن وثيقة بالدين كما بينا، والهدف المقصود من الرهن هو الحصول على الدين
من ثمن المرهون، إذا لم يوف الراهن المدين بالدين عند حلول أجل الدين، عن
طريق بيع المرهون.

ويتم البيع في الأحوال العادية بواسطة الراهن أو وكيله؛ لأنه هو المالك
للمرهون.

وبناء عليه، إذا حل أجل الدين، طالب المرتهن الراهن بوفاء الدين، فإن
استجاب إلى طلبه، فوقي، فبها ونعمت، وإن لم يستجب لمطل أو إعسار، أو
لغيبه، أجبره القاضي على البيع باتفاق الفقهاء.

ويجبر القاضي عند الحنفية والمالكية وكيل الراهن على البيع، كما قدمنا، ولا
يجبر عند الشافعية والحنابلة؛ لأن الوكيل متفضل، له أن يتخلى عن وكالته، فلا
يجبر على البيع، وإنما يتم البيع بواسطة القاضي إذا كان الراهن غائباً، أو كان حاضراً
وأبى البيع.

ويطلب القاضي أولاً من الراهن الحاضر بيع المرهون، فإن امتثل، تم المقصود،
وإن امتنع، باعه القاضي عند المالكية والشافعية والحنابلة وصاحبي أبي حنيفة بدون
حاجة إلى إجباره بحبس أو ضرب أو تهديد^(١).

(١) الشرح الكبير للدردير : ٢٥١/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٤ ، مغني المحتاج : ١٣٤/٢ ، المهذب : ٣٠٧/١ ،
كشاف القناع : ٣٣٠/٣ .

وقال أبو حنيفة : ليس للقاضي أن يبيع الرهن بدين المرتهن من غير رضا الراهن ، لكنه يجبس الراهن حتى يبيعه بنفسه^(١) .

وإذا وجد في مال المدين الراهن مال من جنس الدين ، وُقِيَ الدين منه ، ولا حاجة حينئذ إلى البيع جبراً .

وإذا احتاج بيع المال المرهون إلى نفقات ، كانت على الراهن ؛ لأنه هو المالك ، وهو ملزم بقضاء الدين ، والبيع نتيجة لعدم وفائه .

ثانياً - بيع ما يتسارع إليه الفساد :

عرفنا فيما مضى أنه يصح رهن ما يسرع إليه الفساد من أنواع الفواكه ، فإن أمكن تحفيفه تجنباً لفساده ، جفف ، والمؤنة على الراهن ، ولا يطلب رضاه ؛ لأن الجفاف من مؤنثته وحفظه وتبقيته ، وهو على الراهن . وإن كان مما لا يجفف : فللمرتهن أن يبيعه في الحال ؛ لأن بيعه ضروري لحفظه ، ولكن يأذن القاضي ؛ لأن له ولاية في مال غيره في الجملة ، فإن باع بغير إذنه ، ضمن لأنه لا ولاية له عليه .

فإن كان الدين حالاً ، يقضى من ثمنه ، وإن كان مؤجلاً ، يكون الثمن رهناً إلى وقت الحلول .

وإن كان لا يحل الدين قبل أوان فساده ، بل يحل بعد فساده أو معه ، فإنه يباع أيضاً ، ويجعل الثمن رهناً مكانه ، سواء شرط في عقد الرهن بيعه ، أو أطلق أي خلا العقد من الشرط^(٢) .

وخالف الشافعية في الصورة الأخيرة ، وهي ما إذا كان يحل بعد فساده ، أو

(١) البدائع : ١٤٨/٦ ، الدر المختار : ٣٥٩/٥ ، رد المحتار : ٣٥٧/٥ ، تكملة الفتح : ٢٢٢/٨ .

(٢) البدائع : ١٤٨/٦ ، الدر المختار : ١٥٧/٥ ، المعني : ٣٤١/٤ ، المهذب : ٣٠٨/١ ، مغني المحتاج : ١١٢/٢ وما بعدها .

معه ، فقالوا : إن شرط في الرهن بيعه ، وجعل ثمنه رهناً مكانه ، صح الرهن ، ونفذ الشرط . وإن أطلق فعلى قولين ، وهما وجهان عند الحنابلة : أحدهما : لا يصح الرهن ، وهو الصحيح عند الشافعية ، وعكسه هو الأصح عند الحنابلة ، ودليل الشافعية أن بيع الرهن قبل حلول أجل الدين ، لا يقتضيه عقد الرهن ، فلا يجوز . وحينئذ إذا بقي الرهن على حاله إلى أن يفسد ، ذهبت الوثيقة^(١) .

ثالثاً - حق امتياز المرتهن :

حق الامتياز : معناه أن يكون المرتهن أولى أو أحق بثن المرهون من سائر الغرماء (الدائنين) حتى يستوفي حقه ، حياً كان الراهن أو ميتاً . ويثبت هذا الحق للمرتهن باتفاق الفقهاء^(٢) ما عدا الظاهرية بناء على تعلق حقه أو دينه بالمال المرهون ، وكون الرهن وثيقة بالدين ، وثبوت حق المرتهن في حبسه عند غير الشافعية (الجمهور) ، ومنع الراهن من التصرف بالرهن إلا بإذن المرتهن باتفاق المذاهب .

وعليه إذا ضاق مال الراهن عن وفاء ديونه ، وطالب الغرماء بديونهم ، أو حجر على المدين لإفلاسه عند مجيزي الحجر خلافاً لأبي حنيفة ، وأريد قسمة ماله بين غرمائه (دائنيه) ، فأول من يقدم هو المرتهن لاستيفاء حقه من ثمن المرهون ، أو من قيمته عند ضمانه عوضاً عنه من قيمة أو مثل ، أياً كان الضامن ، بسبب الإتلاف .

ولا يحق الاعتراض لباقي الغرماء ، ولهم أخذ ما فضل من الثمن ؛ لأن حق المرتهن متعلق بعين الرهن ، وذمة الراهن معاً ، فهو صاحب حق عيني ، وأما سائر الغرماء ،

(١) والقول الثاني وهو الراجح عند الحنابلة : يصح الرهن ، وبيع المرهون عند الإشراف على الفساد : لأن الظاهر والذي يقتضيه العرف أن المالك لا يقصد برهنه مع الإطلاق إتلاف ماله ، فإذا تعين حفظه في بيعه ، حل عليه مطلق العقد . وعزاه الرافي في الشرح الصغير إلى تصحيح الأكثرين ، وقال الإسنوي : إن الفتوى عليه .

(٢) البدائع : ١٥٢/٦ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٤ ، مغني المحتاج : ١٣٤/٢ ، المغني : ٤٠٤/٤ وما بعدها .

فيتعلق حقهم بالذمة ، دون العين ، فكان حقه أقوى ، وحقهم شخصي فقط .

هذا إن كان ثمن المرهون كافياً لحق المرتهن ، ويفضل منه شيء ، فيوزع الفاضل أو الباقي على الغرماء بالتساوي ، فإن فضل من دين المرتهن شيء ، أخذ ثمن المرهون ، وساهم مع الغرماء ببقية دينه .

ويسدد دين المرتهن من ثمن المرهون ، إذا كان الدين حالاً ، فإن كان مؤجلاً ، ويبيع الرهن لسبب من الأسباب التي تستوجب بيعه قبل حلول أجل الدين كما في بيع ما يسرع إليه الفساد ، فإن الثمن يبقى رهناً بدل أصله ، إلى أن يحل الدين .

رابعاً - اشتراط المرتهن تملكه للرهن عند عدم الوفاء (غَلَاقِ الرهن) :

اتفق جمهور الفقهاء^(١) على أنه إذا شرط المرتهن في عقد الرهن أنه متى حل الدين ، ولم يوف ، فالمرهون له بالدين ، أو فهو مبيع له بالدين الذي على الراهن ، فهو شرط فاسد ، لقوله ﷺ : « لا يَغْلِقُ الرهن من صاحبه » . قال مالك : « لا يغلق الرهن » معناه - والله أعلم - لا يمنع من فكه ، والنهي عن الشيء يقتضي فساد المنهي عنه . وقال الأزهري : الغلق في الرهن : ضد الفك ، فإذا فك الراهن الرهن ، فقد أطلقه من وثاقه عند مرتهنه . وروى عبد الرزاق عن معمر : أنه فسر غلاق الرهن بما إذا قال الرجل : إن لم آتك بمالك ، فالرهن لك .

والخلاصة : أن المراد بالحديث : لا يستحق المرتهن الرهن ، إذا لم يُفْتَكِ في الوقت المشروط ، فلو هلك الرهن ، لم يذهب حق المرتهن ، وإنما يهلك من رب الرهن ، إذ له غنمه وعليه غرمه .

قال النووي في المنهاج وشراحه : ولو شرط كون المرهون مبيعاً له عند الحلول ،

(١) المعني : ٣٨٣/٤ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٤ وما بعدها ، المنتقى على الموطأ : ٢٣٩/٥ ، نيل الأوطار : ٢٣٥/٥

وما بعدها ، معني المحتاج : ١٢٧/٢ .

فسد ، أي الرهن لتأقيته ، والبيع لتعليقه . والمرهون قبل المَحَل أي وقت الحلول أمانة ؛ لأنه مقبوض بحكم الرهن الفاسد ، وبعده مضمون بحكم الشراء الفاسد .

وهناك قول لأبي الخطاب من الخنابلة ، ولبعض الحنفية : أن الرهن لا يفسد بهذا الشرط ؛ لأن الحديث : « لا يعلق الرهن » نفى غلقه دون أصله ، فيدل على صحته ، ولأن الراهن قد رضي برهنه مع هذا الشرط ، فمع بطلانه أولى أن يرضى به .

ورد ابن قدامة الحنبلي : أنه رهن بشرط فاسد ، فكان فاسداً ، كما لو شرط توقيته . وليس في الخبر أنه شرط ذلك في ابتداء العقد ، فلا يكون فيه حجة .

خامساً - استحقاق الرهن بعد بيعه :

قال الحنفية^(١) : إذا ظهر كون الرهن بعد بيعه مستحقاً لغير الراهن ، فيما أن يكون المرهون المبيع موجوداً حين ادعاء الاستحقاق ، أو هالكاً .

فإن كان موجوداً ، أخذه المستحق إن أراد ؛ لأنه وجد عين ماله ، فلا يمنع عنه إلا بحق لزمه ، ولم يوجد . ويكون مشتريه حينئذ بالخيار : إن شاء رجع على من باعه إياه بما دفع إليه من ثمن ؛ لأنه هو العاقد ، وإن شاء رجع به على المرتهن إذا كان قد قبض الثمن ؛ لأن البيع قد انتقض بالاستحقاق ، وبطل أن يكون المدفوع ثمناً ، وقد وصل إلى يد المرتهن على هذا الأساس ، فيجب عليه رده ، ونقض قبضه حكماً .

وإذا كان البائع هو العدل ، رجع العدل بالثمن على الراهن ، إن شاء ؛ لأنه وكيل عنه في البيع ، فتلقه العهدة بسبب الوكالة ، وبه يصح الوفاء بما دفع العدل للمرتهن .

وإن كان الرهن عند الاستحقاق هالكاً ، فإن المستحق بالخيار : إن شاء ضمن الراهن قيمته ؛ لأنه غاصب في حقه ، بأخذه ورهنه . وإن شاء ضمن العدل ؛ لأنه متعد

(١) تكملة فتح القدير : ٢٢٣/٨ ، الدر المختار : ٣٥٩/٥ وما بعدها .

في حقه بالبيع والتسليم . وإن شاء على ما يظهر ضمن المشتري لهلاك ملكه في يده .

فإن ضمن الراهن ، نفذ البيع ، وصح الوفاء ؛ لأن الراهن بأدائه الضمان ، ملك الشيء المضمون أي العين المرهونة ، ملكاً مستنداً إلى وقت الاعتداء ، فتبين أنه رهن ملك نفسه ، وأمر ببيع ملك نفسه .

وإن ضمن العدل - البائع ، نفذ البيع أيضاً ؛ لأن العدل قد ملكه بأداء الضمان ، فتبين أنه قد باع ملك نفسه . وبتضمينه يرجع العدل بالخيار : إن شاء على الراهن بما ضمن ، لأنه وكيله ، وينفذ البيع ، ويصح الوفاء . وإن شاء على المرتهن بالثمن ، لا بالقيمة ؛ لأنه تبين أنه أخذ الثمن بغير حق ؛ لأن العين صارت ملكه بالضمان ، ونفذ بيعه بسبب تملكه ، وصار الثمن له ، وقد أداه إليه على حساب أنه للراهن ، لا له ، فيرجع به لهذا السبب ، وإذا رجع بطل الوفاء ، ويرجع المرتهن على الراهن بدينه .

وإن ضمن المشتري ، رجع بالثمن على العدل ؛ لأنه البائع له ، ويرجع العدل به على الراهن ؛ لأن العهدة عليه ، وبه يصح الوفاء ، إن وصل إلى المرتهن .

المطلب التاسع - تسليم المرهون :

للمرتهن عند الجمهور غير الشافعية كما بينا حق الحبس الدائم للمرهون حتى يستوفي دينه ، ليضطر المدين إلى تسديد دينه ، لاسترداد المرهون ، لحاجته إليه ، والانتفاع به . وللمرتهن أيضاً عند حلول أجل الدين المطالبة بدينه ، مع بقاء الرهن تحت يده ^(١) .

وعلى المرتهن تسليم المرهون لصاحبه إما بانتهاء الدين ، أو بانتهاء عقد الرهن .
وانتهاء الدين : يكون بأسباب كالإبراء من الدين أو هبته أو وفاء الدين ، أو شراء سلعة من الراهن بالدين ، أو إحالة الراهن المرتهن على غيره .

(١) تكله . فتح القدير : ١٩٨/٨ .

فإذا بقي المرهون في يد المرتهن بعدئذ، كان وديعة عند الشافعية والحنابلة^(١).

ويبقى وديعة عند أبي حنيفة إذا كان انتهاء الدين بالإبراء أو بالهبة. فإن كان بغيرهما كالوفاء بأدائه، أو بشراء سلعة به من الراهن، أو بواسطة الإحالة، فيظل المرهون مضموناً استحساناً، كما كان قبل، فإذا هلك يهلك بالأقل من قيمته ومن الدين.

وسبب التفرقة بين الحالين أن الدين بالإبراء أو الهبة للمدين، يسقط نهائياً، فيزول ضمان الرهن. أما في الوفاء فلا يسقط، وإنما يثبت في ذمة الدائن دين مثله، يمنع الدائن من المطالبة به، وتحدث المقاصة بين الدينين، وإذا ظل الدين قائماً في ذمة المدين، ظل الضمان به قائماً^(٢).

وقال المالكية^(٣): إذا كان الرهن مما يغاب عليه (يمكن إخفاؤه) كالخلي والكتب والثياب والسلاح، والسفن وقت جريها، لزم المرتهن أن يقوم برده عند انقضاء الدين، وإلا استمر ضامناً؛ لأن الرهن بعد الوفاء ليس كالوديعة؛ لأن الوديعة عقد يتم لمنفعة المودع، وعقد الرهن يتم لمنفعة العاقدين جميعاً، فإذا طلب الراهن إبقاء المرهون بعد إيفاء الدين عند المرتهن، كان أمانة.

وانقضاء عقد الرهن أو انتهاءه: يكون بأسباب كالإبراء والهبة والوفاء، أو بالفسخ قبل سقوط الدين وزواله. وقد ينتهي إذا تبين أن لا دين عند إنشاء الرهن، وسنفضل تلك الأسباب.

فإذا رد المال المرهون إلى الراهن نتيجة لانتهاء عقد الرهن، فلا خلاف في أنه لا يبقى للرهن أثر في هذه الحال.

(١) المغني : ٣٩٧/٤ ، مغني المحتاج : ١٣٦/٢ .

(٢) تكملة الفتح : ٢٤٣/٨ ، تبين الحقائق : ٩٦/٦ .

(٣) الشرح الكبير : ٢٥٢/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٢٢٤ .

أما إن بقي المرهون عند المرتهن ، سواء أكان هناك دين وانتهى ، أم تبين أن لا دين ، أم تصادق الراهن والمرتهن على أنه لم يكن دين عند الرهن ، فهو أمانة عند الشافعية والحنابلة .

وكذلك هو أمانة عند المالكية إن تصادق الراهن والمرتهن على عدم وجود الدين عند الرهن .

أما الحنفية^(١) فيرون في حالة التصادق هذه أن ضمان المرتهن يستمر إذا كان التصادق بعد هلاك الرهن . فإن كان التصادق والرهن قائم ، ثم هلك ، فاختلف الحنفية : فذهب بعضهم إلى أن الرهن يرتفع ، ويصبح المال المرهون أمانة في يد المرتهن . وذهب آخرون إلى أن الضمان يستمر ما بقي المال المرهون في يد المرتهن ، والرأي الأول أرجح .

وأما حالات غير التصادق ، فكما بينا في حالة انتهاء الدين .

متى يتم تسليم المرهون ؟ : يسلم الراهن السيدين أولاً ، ثم يسلم المرتهن المرهون ، كتسليم المبيع والثن في البيع ، يسلم الثمن أولاً ، ثم يسلم المبيع ؛ لأن حق المرتهن يتعين بتسليم الدين ، وحق الراهن متعين في تسلم المرهون ، فيتم التسليم على هذا الترتيب تحقيقاً للتسوية بين الراهن والمرتهن^(٢) .

وإذا سلم الراهن بعض الدين يظل المرهون كله رهناً بحاله على ما بقي من الدين باتفاق المذاهب الأربعة^(٣) ؛ لأن الرهن كله وثيقة بالدين كله ، وهو محبوس بكل الحق ، والحبس بالدين الذي هو موجب الرهن لا يتجزأ ، فيكون محبوساً بكل

(١) الدر المختار : ٣٧٢/٥ وما بعدها .

(٢) تكملة الفتح : ١٩٨/٨ ، ٢٠٠ .

(٣) الدر المختار : ٢٥٤/٥ ، اللباب : ٦٣/٢ وما بعدها ، البدائع : ١٥٢/٦ ، تكملة الفتح : ٢٠٠/٨ ، بداية المجتهد :

٢٧٢/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٤ ، مغني المحتاج : ١٤١/٢ ، المغني : ٣٦١/٤ .

جزء من الدين ، لا ينفك منه شيء حتى يقضى جميع الدين ، سواء أكان الرهن مما يمكن قسمته أم لا يمكن .

مكان تسليم المرهون : قال الحنفية^(١) : إما أن يكون للرهن حمل ومؤنة أو لا .

أ- فإن كان للرهن حمل ومؤنة ، وطالب المرتهن بإيفاء دينه في غير البلد الذي تم فيه العقد ، فإنه يؤدي دينه ، ولا يكلف إحضار المرهون ؛ لأنه يتطلب نفقة ، وإنما يجب عليه فقط تسليم المرهون بمعنى التخلية بينه وبين الراهن ، لا النقل من مكان إلى آخر ؛ لأنه يتضرر به ، ولم يلتزمه في العقد .

ب- وإن لم يكن للرهن حمل ومؤنة ، يؤمر المرتهن بإحضار الرهن ؛ لأن الأماكن كلها في حق تسليم ما لا حمل له ولا مؤنة ، كمكان واحد ، وعليه لا يشترط بيان مكان الإيفاء في الرهن ومثله كعقد السلم .

ويلاحظ من هذا التفصيل أن المرتهن يكلف بإحضار الرهن إذا كانت المطالبة بالدين في بلد العقد ، سواء أكان الرهن محتاجاً للحمل ومؤنة أم لا .

لكن عقب ابن عابدين على هذا بأن فيه نظراً ؛ لأن الواجب على المرتهن التخلية ، لا النقل ، وهذا المتبادر من كلام المؤلفين يخالف ما في البرازية حيث قال : إن لم يلحقه مؤنة في الإحضار يؤمر به ، وإن كان مما يلحقه مؤنة ، بأن كان في موضع آخر ، لا يؤمر به .

ثانياً - أحكام الرهن الفاسد :

عرفنا مما سبق أن أهم أحكام الرهن الصحيح : هو اختصاص المرتهن بالرهن ، دون سائر الغرماء ، وحق حبسه وضمانه عند الحنفية .

(١) تكملة الفتح : ١٩٨/٨ ، الدر المختار ورد المختار : ٣٤٣/٥ وما بعدها .

وقد اتفق أئمة المذاهب على أن الرهن غير الصحيح باطلاً أو فاسداً لا حكم له حال وجود المرهون ، فلا يثبت للمرتهن حق الحبس ، وللراهن أن يسترد المرهون منه ، فإن منعه حتى هلك صار غاصباً ، فيضمن مثله إن كان له مثل ، وقيمه إن لم يكن له مثل ، كضمان المغصوب .

وإن هلك المرهون المقبوض بيد المرتهن بناء على عقد غير صحيح ، مثل : رهن المشاع عند الحنفية ، فإنه يهلك عندهم^(١) هلاك الرهن ، أي بالأقل من قيمته ومن الدين ، وهو الرأي الأصح . وقال الكرخي : إنه يهلك هلاك الأمانة ؛ لأن الرهن إذا لم يصح ، كان القبض قبض أمانة ؛ لأنه قبض بإذن المالك ، فأشبه قبض الوديعة .

ومن مات وله غرماء ، فالمرتهن في الرهن الفاسد أحق به ، كما في الرهن الصحيح .

والمالكية في الجملة كالحنفية ، قالوا^(٢) : إذا قبض المرتهن المرهون بناء على عقد فاسد ، فالمرتهن أحق بالرهن من سائر الغرماء ، حتى يقبض حقه .

وإذا هلك المرهون في يد المرتهن بعقد فاسد ، فحكم هلاكه مثل حكم هلاك المرهون فيما إذا كان العقد صحيحاً .

أما حق الاحتباس ، فيظهر أنه ثابت للمرتهن بناء على ثبوت حق امتياز ، لكن ليس له بناء على عقد فاسد طلب المرهون وتسلمه من الراهن .

وقال الشافعية والحنابلة^(٣) : حكم فاسد العقود حكم صحيحها في الضمان وعدمه ؛ لأن العقد إن اقتضى صحيحه الضمان بعد التسليم ، كالبيع والإعارة ، ففاسده أولى ، فالمبيع بعقد صحيح مضمون ، فكذا المقبوض ببيع فاسد . وإن اقتضى العقد الصحيح

(١) البدائع : ١٦٣/٦ ، الدر المختار : ٣٦٥/٥ ، ٣٧٤ .

(٢) الشرح الكبير والدسوقي : ٢٣٧/٣ ، ٢٤١ ، ٢٤٧ .

(٣) مغني المحتاج : ١٣٧/٢ ، كشف القناع : ٣٢٩/٣ ، المغني : ٢٨١/٤ .

عدم الضمان كالرهن ، والهبة بلا ثواب ، والعين المستأجرة ، ففاسده كذلك ؛ لأن واضع اليد أثبتها بإذن مالِكها ، ولم يلتزم بالعقد ضمناً .

وعليه إذا فسد الرهن كالرهون المحرم ، والمجهول ، والمعدوم ، وما لا يقدر على تسليمه ، أو غير المعين ، وقبضه المرتهن ، فلا ضمان عليه إن تلف بيده ؛ لأن الرهن الصحيح غير مضمون ، ففاسده كذلك .

المبحث الرابع - نماء الرهن أو زوائده :

يشمل الرهن نماء الرهون ويتعلق الدين المرهون به بزوائد الرهون عند الفقهاء على تفصيل بينهم في التضييق والتوسع ، ولكنهم متفقون على أن النماء ملك للراهن ، لأنه مالك للأصل ، وهذا نماء ملكه .

١ - فقال الحنفية^(١) : يدخل في الرهن كل زيادة متولدة من الأصل متصلة به كالتمر واللبن والصوف ، أو منفصلة عنه كالولد ، فيكون رهناً مع الأصل ؛ لأنه تبع له ، والرهن حق لازم ، فيسري إليه .

ولا يدخل في الرهن الزيادة غير المتولدة ، كالأجرة ، وغلة الأرض ، فلا تكون رهناً مع أصلها ، وإنما هي للراهن خالصة ، فلا يتعلق بها الدين ، لأنها نتيجة تعاقد بين مالك الرهن وغيره ، لا متولدة من المال ، فكانت خالصة لمن استحقها بالعقد ، وهو مذهب المالكية والشافعية أيضاً .

٢ - وقال المالكية^(٢) : يدخل في الرهن كل زيادة متولدة متصلة لا تنفصل ، كالسمن والجمال ، أو منفصلة متناصلة كالولد والنتاج وفسيل النخيل أو الشجر ؛ لأنه

(١) تكلية الفتح : ٢٤٠/٨ ، الدر المختار : ٣٦٥/٥ ، ٣٧٠ ، تبين الحقائق : ٩٤/٦ ، اللباب : ٦٢/٢ ، البدائع : ١٥٢/٦ .

(٢) الشرح الكبير : ٢٤٤/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٤ ، بداية المجتهد : ٣٧٢/٢ .

كولد الحيوان ، ونحوه مما كان من نماء الرهن المنفصل على خلقته وصورته ، ويدخل أيضاً صوف الغنم إذا كان وقت الرهن قد تم على ظهرها تبعاً لها ، وإلا لم يدخل .

أما ما لم يكن على خلقته المرهون وصورته ، فلا يدخل في الرهن ، سواء أكان متولداً عنه كثمر الشجر أو النخل واللبن ، أم غير متولد ككراء الدار وسائر الغلات .

٣ - وقال الشافعية^(١) : يدخل في الرهن الزيادة المتصلة أي الزيادة الوصفية كالسمن والكبر والجمال ونحو الثمر ، لأنها تتبع أصلها ، لعدم تميزها عنه . ولا يدخل في الرهن أي زيادة منفصلة أو نماء متميز كثمرة وولد وصوف وشعر ولبن وبيض أو أجرة دار ، لحديث أبي هريرة المتقدم : « لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه وعليه غرمه » والنماء من الغنم ، فوجب أن يكون له . ولأن الرهن عقد لا يزيل الملك عن رقبة المرهون ، فلا يسري إلى النماء المتميز كالإجارة .

٤ - وقال الحنابلة^(٢) : إن جميع نماء الرهن وغلته ، متصلاً أو منفصلاً ، متولداً أو غير متولد ، غلة أو غيرها ، يكون رهناً في يد المرتهن ، أو نائبه ، وتباع مع الأصل ، وفاء للدين إن دعت الحاجة إلى بيعه ؛ لأن تعلق الدين بالمال المرهون يثبت فيه بعقد ، فيدخل فيه النماء والمنافع ، كما في البيع ، ولأن النماء المنفصل متولد من عين مرهونة ، فيكون حكمه حكم المتصل بها ، فيسري إليه حكم الرهن .

والخلاصة : أن مذهب الحنابلة موسع ، يلحق نماء الرهن وزياداته في الرهنية مطلقاً ، ثم يليهم الحنفية الذين يلحقون بالرهن النماء المتولد المنفصل أو المتصل ، دون غير المتولد ، ثم يليهم المالكية الذين يلحقون بالرهن النماء المنفصل الذي ليس في معنى الغلة كالولد والفسيل والصوف التام وقت الرهن ، دون المتولد المنفصل الذي فيه معنى الغلة . ثم يليهم الشافعية الذين يلحقون بالرهن الزيادة الوصفية فقط ، ولا يدخل في الرهنية أي زيادة منفصلة .

(١) معني المحتاج : ١٢٩/٢ ، المهذب : ٣١٠/١ وما بعدها .

(٢) المعني : ٣٨٨/٤ وما بعدها ، كشاف القناع : ٣٢٦/٣ .

المبحث الخامس - الزيادة على الرهن أو على الدين المرهون به :

الزيادة في الرهن : بأن يضم إلى المرهون عيناً أخرى تصير معها رهناً بالدين المرهون به ، كأن يستدين من شخص مئة ، يرهن بها ثوباً ، ثم يزيد الراهن عليه ثوباً آخر أو كتاباً ، ليكون مع الأول رهناً بالمئة . وهي جائزة عند الجمهور ؛ لأنها زيادة في التوثيق ، وهو الغرض من الرهن .

وقال زفر : لا تجوز ، لأنها تؤدي إلى الشيع في الدين ؛ لأنه لا بد للرهن الثاني من أن تكون له حصة من الدين ، فيخرج من الرهن الأول بقدره من أن يكون رهناً ، وهو شائع ، والشيع مفسد للرهن . ورد عليه بأن الشيع في الدين غير مانع من صحة الرهن . ويقسم الدين على الأصل وعلى الزيادة بحسب قيمتها يوم القبض .

وأما الزيادة في الدين المرهون به : فهي أن يقترض الراهن من المرتهن قرضاً آخر على رهن واحد ، كأن يقترض منه ألفاً ويرهنه سجادة ، ثم يقترض منه ألفاً آخر على أن تكون السجادة رهناً بالألفين .

وللفقهاء آرايان فيها :

أ - لا تجوز الزيادة في الدين عند أبي حنيفة ومحمد ، والحنابلة ، وفي قول للشافعي ؛ لأنها رهن ثان ، أو رهن مرهون ، ولا يجوز رهن المرهون ، لتعلق الدين الأول به كاملاً .

ب - وقال مالك وأبو يوسف ، وأبو ثور والمزني وابن المنذر : تجوز الزيادة ، لأنه لو زاده رهناً جاز ، فكذلك إذا زاد في دين الرهن ، ولأن الزيادة في الدين فسخ للرهن الأول ، وإنشاء رهن جديد بالدينين جميعاً ، وهو جائز اتفاقاً^(١) .

(١) تكملة الفتوح : ٢٤١/٨ ، الدر المختار : ٣٧٢/٥ ، تبين الحقائق : ٩٥/٦ ، اللباب : ٦٢/٢ ، كشاف القناع :

٣٠٩/٢ ، المغني : ٣٤٧/٤ وما بعدها .

المبحث السادس - انتهاء عقد الرهن :

ينتهي عقد الرهن بمجالات كالإبراء والهبة ووفاء الدين ونحوها ، وهي ما يأتي :

أ - تسليم المرهون لصاحبه : ينتهي به الرهن عند الجمهور غير الشافعية ؛ لأنه وثيقة بالدين فإذا سلم المرهون ، لم يعد الاستيثاق قائماً ، فينتهي الرهن ، كما ينتهي عند الجمهور بإعارة المرتهن المرهون للراهن ، أو لغيره بإذنه .

ب - تسديد الدين كله : إذا وفى الراهن الدين المرهون به ، انتهى الرهن .

ج - البيع الجبري : الصادر من الراهن بأمر القاضي ، أو من القاضي إذا أبى الراهن البيع ، فإذا بيع المرهون وفي الدين من ثمنه ، وزال الرهن .

أما البيع الاختياري الحاصل من الراهن بإذن المرتهن ، فإن كان بعد حلول أجل الدين ، تعلق الحق بثمنه . وإن كان قبل حلوله ، تعلق الحق أيضاً عند أبي حنيفة ومحمد بالثمن ، فيصبح رهناً ؛ لأن الراهن باع الرهن بإذن المرتهن ، فوجب أن يثبت حقه فيه ، كما لو حل الدين .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة : يبطل الرهن ببيع المرهون ، ولم يكن على الراهن عوضه ، ويبقى الدين بلا رهن^(١) .

د - البراءة من الدين بأي وجه ، ولو بحوالة المرتهن على مدين للراهن . ولو اعتاض المرتهن عن الدين عيناً أخرى غير الأولى ، انفك الرهن^(٢) .

ه - فسخ الرهن من قبل المرتهن ، ولو بدون الراهن ؛ لأن الحق له ، والرهن جائز غير لازم من جهة . ولا ينتهي الرهن بفسخه من الراهن ، للزومه من جهته^(٣) .

(١) المغني : ٤٠٣/٤ ، الشرح الكبير والدسوقي : ٢٤٢/٣

(٢) مغني المحتاج : ١٤١/٢

(٣) مغني المحتاج : ١٤١/٢

ويشترط الحنفية لانفساخ الرهن بقول المرتهن رد المال المرهون إلى الراهن ؛ لأن الرهن لا يلزم إلا بالقبض ، فكذا فسخه لا يتم إلا بالقبض ، عن طريق المال المرهون إلى الراهن .

ويبطل الرهن عند المالكية بترك الرهن في يد الراهن حتى باعه ؛ لأن تركه على هذا الوضع كتسليم المرتهن بالأمر ، فصار في معنى الفسخ^(١) .

٦- يبطل الرهن عند المالكية^(٢) قبل قبضه بموت الراهن أو إفلاسه ، أو قيام الغرماء بمطالبته بأداء الدين ، أو برفع أمره إلى الحاكم يطلبون الحجر عليه ، أو بمرضه أو بجنونه المتصلين بوفاته ؛ لأن الرهن يلزم عندهم بمجرد الإيجاب والقبول .

ويبطل الرهن أيضاً عند الحنفية بموت الراهن أو المرتهن قبل التسليم ، ولا يبطل بإفلاس الراهن ، ولا يبطل الرهن عند الشافعية والحنابلة بوفاة الراهن أو المرتهن ، قبل التسليم ، ولا بجنون أحدهما ، ولا بإفلاس الراهن . أما بعد قبض المرهون فلا يبطل الرهن بالاتفاق بموت الراهن أو المرتهن ، أو بإفلاس الراهن .

٧- هلاك المرهون : ينتهي عقد الرهان باتفاق الفقهاء بهلاك المال المرهون ، سواء عند الجمهور القائلين بأن المرهون أمانة غير مضمونة على المرتهن إلا بالتعدي أو التقصير ، أو عند الحنفية القائلين بأن المرهون بالنسبة لمالئته مضمون إذا هلك بالأقل من قيمته ومن الدين ، لانعدام محل العقد .

٨- التصرف بالمرهون بالإجارة أو بالهبة أو الصدقة : ينتهي الرهن إذا أقدم كل من الراهن أو المرتهن على إجارة الرهن أو هبته أو التصدق به أو بيعه لأجنبي بإذن صاحبه . كما ينقضي باستئجار المرتهن العين المرهونة من الراهن إذا جدد القبض بناء على الإجارة .

(١) الشرح الكبير : ٢٤٢/٣ وما بعدها .

(٢) الشرح الكبير : ٢٤١/٣ وما بعدها .

أما البيع من المرتهن للراهن فلا ينقضي به الرهن ؛ لأن للمال المرهون خلفاً ، هو الثمن ، فيحل الثمن محل أصله في الرهنية^(١) ، كما بينا في بحث التصرف بالرهن .

المبحث السابع - اختلاف الراهن والمرتهن

هذا المبحث يتعلق بدور القاضي أو غيره في توزيع عبء الإثبات على الطرفين المتنازعين في قضايا الرهن أو الدين المرهون به .

أ- إذا اختلف الراهن والمرتهن في قدر الحق أو الدين المرهون به ، فقال الراهن : رهنك متاعي بألف ، فقال المرتهن : بل بألفين ، فقال الجمهور (الحنفية والشافعية والخنابلة) : القول قول الراهن بيمينه ؛ لأنه منكر للزيادة التي يدعيها المرتهن ، والقول قول المنكر ، لقوله ﷺ : « لو يعطى الناس بدعواهم ، لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه »^(٢) . والراهن هنا مدعى عليه ، والمرتهن مدع فوجب أن تكون اليمين على الراهن على ظاهر السنة المشهورة .

وقال المالكية : القول قول المرتهن ، إلا فيما زاد على قيمة الرهن ، فالقول قول الراهن ؛ لأن المرتهن ، وإن كان مدعياً ، فله هنا شبهة ، بنقل اليمين إلى حيزه ، وهو كون الرهن شاهداً له لأنه أكثر من قدر المرهون به . ومن أصول مالك : أن يحلف أقوى المتداعيين شبهة .

وهذا لا يلزم عند الجمهور ؛ لأنه قد يرهن الراهن الشيء ، وقيمه ليست أكثر من المرهون فيه .

ولا خلاف في أنه إن اختلف المتراهنان في قدر الرهن ، فقال الراهن : رهنك

(١) الدر المختار : ٣٦٤/٥

(٢) رواه مسلم والبخاري عن ابن عباس . ورواه البيهقي بلفظ « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ، لكن البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر » (الأربعين النووية)

هذا الشيء ، فقال المرتهن : بل هو وشيء آخر ، فالقول قول الراهن ؛ لأنه منكر^(١) .

ب - إذا اختلف المتراهنان في تلف العين المرهونة ، فقال المرتهن : هلكت ، ولم يذكر سبباً ، فالقول باتفاق أئمة المذاهب قول المرتهن بيمينه ؛ لأنه أمين^(٢) .

والقول للمرتهن أيضاً إذا اختلفا في مقدار قيمة المرهون بعد هلاكه ؛ لأنه غارم^(٣) .

فإن اختلفا في قدر قيمة المرهون يوم الرهن ، أو في أصل الرهن ، هل هو موجود أم لا ، فالقول قول الراهن بيمينه^(٤) ، كالاختلاف في قدر الرهن .

ج - إن اختلف المتراهنان في قبض المرهون ، هل حدث أم لا ، فالقول عند الحنفية والشافعية للراهن بيمينه ؛ سواء أكان في يد الراهن أم في يد المرتهن ؛ لأن الأصل عدم لزوم الرهن ، وعدم إذنه في القبض .

وقال الحنابلة : القول قول صاحب اليد في حالة الاختلاف في القبض ، فإن كان بيد الراهن فالقول له ؛ لأن الأصل عدم القبض ، وإن كان بيد المرتهن فالقول له ؛ لأن الظاهر قبضه بحق . فإن اختلفا في الإذن في القبض ، فقال الراهن : أخذت المرهون بغير إذني ، فلم يلزم ، وقال المرتهن : بل أخذته بإذنك ، وهو الآن في يد المرتهن ، فالقول للراهن ؛ لأنه منكر^(٥) .

د - إن اختلفا في وقت هلاك الرهن ، فقال المرتهن : هلك في وقت العمل ،

(١) البدائع : ١٧٤/٦ ، تكملة الفتح : ٢٣١/٨ ، بداية المجتهد : ٢٧٤/٢ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٢٢٥ ،

معني المحتاج : ١٤٢/٢ ، المهذب : ٣١٦/١ وما بعدها ، المعني : ٣٩٨/٤ وما بعدها ، كشف القناع : ٣٣٩/٢

(٢) البدائع : ١٥٤/٦ ، بداية المجتهد : ٢٧٥/٢ ، الشرح الكبير : ٢٦٠/٣ ، معني المحتاج : ١٣٨/٢ ، المهذب : ٣١٩/١ ،

كشف القناع : ٣٤٠/٣ .

(٣) المراجع السابقة ، المعني : ٣٩٨/٤ ، البدائع : ١٧٤/٦

(٤) البدائع : ١٧٤/٦ ، معني المحتاج : ١٤٢/٢

(٥) المراجع السابقة ، كشف القناع : ٣٣١/٣

وقال الراهن : هلك في غير وقت العمل ، فالقول للمرتهن عند الحنفية ؛ لأنه منكر ،
والبينة للراهن^(١) .

هـ - قال الحنفية : إن اختلفا في نوع المرهون ، فقال الراهن : الرهن غير هذا ،
وقال المرتهن : بل هذا هو الذي رهنته عندي ، فالقول للمرتهن ؛ لأنه القابض^(٢) .
والقول للمرتهن أيضاً إن حدث اختلاف في مقدار ثمن بيع المرهون ، أو في بيعه بثمن
المثل أم لا ؛ لأن المرهون خرج عن كونه رهناً بالمبيع ، وتحول الضمان إلى الثمن ،
والراهن يدعي زيادة الضمان ، والمرتهن ينكر ، فكان القول قوله^(٣) .

و- قال المالكية^(٤) : إذا تنازع الراهن والمرتهن في كيفية وضع الرهن ، فقال
الراهن مثلاً : يوضع على يد أمين ، وقال المرتهن : يوضع عندي ، أو بالعكس ،
فالقول قول من طلب وضعه عند الأمين .

(١) الدر المختار : ٣٦٤/٥

(٢) الدر المختار : ٣٤٧/٥

(٣) البدائع : ١٧٤/٦

(٤) الشرح الكبير : ٢٤٤/٣

الفصل الثالث عشر

الصلح

خطة الموضوع :

نتكلم عن عقد الصلح في المباحث الآتية :

المبحث الأول - تعريف الصلح ومشروعيته وأنواعه وركنه

المبحث الثاني - شروط الصلح

المبحث الثالث - حكم الصلح

المبحث الرابع - مبطلات عقد الصلح وحكمه بعد البطلان . ونبدأ بأولها :

المبحث الأول - تعريف الصلح ومشروعيته وأنواعه وركنه :

تعريف الصلح: الصلح لغة : قطع النزاع . وشرعاً : عقد وضع لرفع المنازعة^(١) . وبعبارة أخرى عند الحنابلة : معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين . ولا يقع غالباً إلا بالأقل من المدعى به على سبيل المداراة لبلوغ الغرض^(٢) .
والمقصود من الكلام هنا هو الصلح في المعاملات بين الناس ، لا الصلح بين

(١) نتائج الأفكار : تكملة فتح القدير : ٢٣/٧ ، تبين الحقائق للزليعي : ٢٩/٥ ، الدر المختار : ٤٩٣/٤ ، مغني

المحتاج : ١٧٧/٢ ، حاشية البجيرمي على الخطيب : ٧٠/٢

(٢) المغني : ٤٧٦/٤ ، غاية المنتهى : ١١٨/٢

المسلمين والكفار ، ولا الصلح بين الإمام والبغاة ، ولا الصلح بين الزوجين عند الشقاق .

مشروعيته : الصلح بين الناس مندوب ، ولا بأس بأن يشير الحاكم بالصلح على الخصوم ، ولا يجبرهم عليه ، ولا يلح فيه إلحاحاً يشبه الإلزام ، وإنما يندبهم إلى الصلح ما لم يتبين له أن الحق لأحدهما ، فإن تبين له أنفذ الحكم لصاحب الحق . والصلح مشروع بالكتاب والسنة والإجماع ^(١) :

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ والصلح خير ﴾ الوارد عقب ذكر مشروعية الصلح بين الزوجين . قال تعالى : ﴿ وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً ، فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً ، والصلح خير ﴾ .

وأما السنة : فهو ما روي عن النبي ﷺ مرفوعاً ، وموقوفاً على عمر ، وهو : « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » رواه ابن حبان وصححه ^(٢) . مثال ما أحل حراماً : الصلح على حل الخمر ، ومثال ما حرم حلالاً : الصلح على ألا يوطأ الزوج الضرة وهي امرأته الأخرى .

وأما الإجماع : فقد أجمع العلماء على مشروعية الصلح ، لكونه من أكثر العقود فائدة ، لما فيه من قطع النزاع والشقاق ^(٣) . ولا يقع الصلح في الغالب إلا من رتبة لما هو دونها ، على سبيل المداراة للوصول إلى بعض الحق .

أنواع الصلح : يكون الصلح بين مسلمين وأهل حرب بعقد الذمة أو الهدنة أو

(١) الميسر : ١٢٣/٢٠ ، مغني المحتاج : ١٧٧/٢ ، المغني : ٤٧٦/٤ ، كشف القناع : ٣٧٨/٣ ، القوانين الفقهية :

ص ٣٣٧

(٢) قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح . وقد سبق تخريجه في بحث الوديعه عن أبي هريرة عند أبي داود ،

والحاكم وابن حبان ، وعن عمرو بن عوف عند الترمذي وابن ماجه والحاكم (راجع نصب الراية : ١١٢/٤ ،

التلخيص الحبير : ص ٢٤٩ ، نيل الأوطار : ٢٥٤/٥) .

(٣) لذلك أبيح فيه الكذب

الأمان ، وبين أهل بغي وأهل عدل ، وبين زوجين إذا خيف الشقاق بينهما أو خافت المرأة إعراض زوجها عنها ، وبين متخاصمين في غير مال ، وبين متخاصمين في المال ، وهذا هو محل بحثنا هنا ، وقسمه المالكية قسمين : صلح إسقاط وإبراء وهو جائز مطلقاً ، وصلح على عوض ، وهذا يجوز إلا إن أدى إلى حرام ، وحكمه حكم البيع . والصلح في الأموال قسمان : أحدهما - أن يجري بين المدعي والمدعى عليه . وثانيهما - أن يجري بين المدعي والأجنبي أي الشخص الآخر غير المدعى عليه .

وكل واحد من هذين القسمين أنواع ثلاثة :

١ - صلح مع إقرار المدعى عليه : وهو أن يدعي شخص على شخص شيئاً ، فيقر به المدعى عليه ، ثم يصلح المدعي عنه على عين غير المدعاة كدار ، أو على منفعة لغير العين المدعاة ، كخدمة في مكان مدة معينة أو سكنى دار أو على بعض العين المدعاة كربع الدار ، وهو جائز باتفاق المسلمين^(١) .

وهذا الصلح إن وقع عن مال بمال أي إن وقع على عين غير المدعاة كتوب بدلاً عن بساط فهو كالبيع لوجود معنى البيع فيه - وهو مبادلة المال بالمال - في حق المتعاقدين بتراضيها . فتجري فيه الشفعة إذا كان عقاراً ، ويرد بالعيب ، ويثبت فيه خيار الشرط ، ويفسده جهالة العوض أو البدل ، لأنها هي المفضية إلى المنازعة دون جهالة المصالح عنه ؛ لأنه يسقط بالصلح . ويشترط القدرة على تسليم البدل .

وإن وقع هذا الصلح عن مال بمنافع كسكنى دار ، فله حكم الإجارة لوجود معنى الإجارة ، وهو تمليك المنافع بمال . والاعتبار في العقود لمعانيتها ، فيشترط التوقيت فيها ، ويبطل العقد بموت أحد العاقدين في أثناء مدة الإجارة لأنه إجارة .

(١) المبسوط : ١٣٩/٢٠ ، البدائع : ٤٠/٦ ، تكملة فتح القدير : ٢٤/٧ ، تبين الحقائق : ٣٠/٥ ، بداية المجتهد : ٢٩٠/٢ ، الشرح الكبير : ٣٠٩/٣ ، مغني المحتاج : ١٧٧/٢ ، المهذب : ٣٣٣/١ ، المغني : ٤٨٢/٤ ، غاية المنتهى : ١١٨/٢ ، الكتاب مع اللباب : ١٦٢/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٣٨

٢- صلح مع إنكار المدعى عليه : وهو أن يكون للمدعي حق لا يعلمه المدعى عليه ، كأن يدعي شخص على آخر شيئاً ، فينكره المدعى عليه ، ثم يصلح عنه ببعض الحق المدعى به ، وهذا هو الغالب في منازعات الناس ، وهو جائز عند المالكية والحنفية والحنابلة ، وغير جائز عند الشافعية وابن أبي ليلى^(١) . وجوازه عند القائلين به مشروط بأن يكون المدعي معتقداً أن ما ادعاه حق ، والمدعى عليه يعتقد أنه لا حق عليه فيدفع إلى المدعي شيئاً قطعاً للخصومة^(٢) .

وصورة الصلح على الإنكار : صالح فلان فلاناً على جميع الدار الفلانية التي ادعى المصالح الأول على الثاني استحقاقها من وجه شرعي ، وأنكر المدعى عليه الاستحقاق ، وطلب من المدعى عليه يمينه على استحقاقها ، فرأى أن يصلحه عن هذه الدعوى بمال ، افتداء ليمينه ، ودفعاً للخصومة ، وقطعاً للمنازعة ، فاصطلحا عن المدعى به ، مع الإنكار لصحة الدعوى ، واعتقاده بطلانها ، وإصراره على الإنكار إلى حين هذا الصلح وبعده ، ودفع إليه مبلغ كذا وكذا ، فقبضه منه قبضاً شرعياً... إلخ^(٣) .

استدل الفريق الأول وهم الجمهور بعموم قوله تعالى : ﴿ والصلح خير ﴾ وقوله عليه السلام : « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » فدل هذا العموم على أن كل صلح مشروع إلا ما خص بدليل ، قال سيدنا عمر رضي الله عنه : « ردوا الخصوم حتى يصطلحوا ، فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن » وقال أبو حنيفة رحمه الله : « أجوز ما يكون الصلح على الإنكار » أي لأنه يحقق الحاجة إلى قطع الخصومة والمنازعة .

ودليل الشافعية وابن أبي ليلى : هو القياس على ما لو أنكر الزوج الخلع ، ثم

(١) المراجع السابقة ، معني المحتاج : ص ١٧٩ وما بعدها . المغني : ص ٤٧٦

(٢) المغني : ٤/٤٧٨ . غاية المنتهى : ٢/١٢٠

(٣) الإفصاح : ١/١٧٤

تصالح مع زوجته على شيء ، فلا يصح ، ودليلهم أيضاً أن المدعي إن كان كاذباً في دعواه ، فقد استحل من المدعى عليه ماله ، وهو حرام عليه . وإن كان صادقاً في دعواه فقد عاوض على ما لم يثبت له ، فلم تصح المعاوضة ، كما لو باع مال غيره ، ولأن الصلح عقد معاوضة خلا عن العوض في أحد جانبيه ، فبطل ، كالصلح على حد القذف . وفي الملة : يكون ما يأخذه المدعي أكلاً للمال بالباطل من غير عوض فدخل هذا الصلح في قوله **عَلَيْهِ** «إلا صلحاً أحل حراماً ، أو حرم حلالاً» ولو بذل المدعي عليه المال لقطع الخصومة يكون البذل رشوة .

وهذا مناقش ، ولا يسلم الفريق الأول بدخول الصلح مع الإنكار في مفهوم هذا الحديث ؛ لأن الممنوع أن يحل الصلح شيئاً محرماً مع بقائه على تحريره ، كما لو تم الصلح على استرقاق حر أو إحلال بضع محرم ، أو تم الصلح بخمر أو خنزير ، ثم إن للمدعي أن يأخذ حقه الثابت له بأي طريق .

وأما المدعى عليه فإنه يدفع ادعاء المدعي لدفع المسؤولية عنه ، وإنهاء النزاع ولصيانة نفسه من التبذل وحضور مجلس الحاكم ، فإن ذوي النفوس الشريفة والمروءة يصعب عليهم هذا ، ويرون دفع ضررها عنهم من أعظم مصالحهم ، والشرع لا يمنعهم من وقاية أنفسهم وصياتها ودفع الشر عنهم ببذل أموالهم ، والمدعي يأخذ المبدول عوضاً عن حقه الثابت له ، فلا يمنع الشرع منه أيضاً ، سواء أكان المأخوذ من جنس حقه ، أم من غير جنسه بقدر حقه أو دونه .

٣- الصلح مع سكوت المدعى عليه : وهو ألا يقر المدعى عليه ولا ينكر كأن يدعي شخص شيئاً على شخص آخر فيسكت من غير إقرار ولا إنكار ، ثم يصالح عنه ، وهو جائز عند الجمهور ، ومنهم ابن أبي ليلى ، وغير جائز عند الشافعية ، ودليل كل فريق : هو ما ذكرناه في الصلح عن إنكار ، وقد قرر الشافعية أن الساكت منكر حكماً ، فيعامل معاملة المنكر^(١) .

(١) المراجع السابقة

والخلاصة : أن الصلح بأنواعه الثلاثة السابقة جائز عند الحنفية بحيث يثبت الملك للمدعي في بدل الصلح ، ويزول حق المدعى عليه في استرداد شيء ؛ لأن الصلح سبب لرفع التنازع المحظور ، قال تعالى : ﴿ ولا تنازعوا ﴾ فكان مشروعاً . والصلح عن السكوت أو الإنكار عند الحنفية هو في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة ؛ لأنه في زعمه أنه مالك لما في يده ، وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة ؛ لأنه في زعمه يأخذ عوضاً من حقه ، فيعامل كل طرف على حسب معتقده^(١) .

ما يتضمنه الصلح من العقود : يتضمن الصلح أحد معان ستة هي ما يأتي^(٢) :

١- صلح بمعنى البيع : وهو أن يدعي شيئاً في يد رجل ، فيصالح عنه على دراهم أو دنانير ، أي أن الصلح تم على عين غير المدعاة ، وكان عوض الصلح ذهباً أو فضة ، فهو بيع بلفظ الصلح ويسمى صلح المعاوضة .

٢- صلح بمعنى الهبة : وهو أن يدعي الرجل عيناً في يد رجل ، ثم يصالح عنها على بعضها ، فيكون الباقي هبة .

٣- صلح بمعنى الإجارة : وهو أن يجري الصلح من العين المدعاة على منفعة لغير العين المدعاة ، كخدمة مدة معلومة ، وسكنى في دار معينة .

٤- صلح بمعنى الإعارة : وهو أن يصالح على منفعة العين المدعاة ، فإن عين مدة فإعارة مؤقتة وإلا فطلقة .

٥- صلح بمعنى الإبراء والحطيطة : وهو أن يدعي دراهم أو دنانير في ذمة رجل ، فيصالح منها على بعضها ، ويبرئ عن البعض الآخر ، كأبرأتك من خمسمائة من الألف الذي لي عليك أو نحوها .

(١) الكتاب مع اللباب : ١٦٤/٢

(٢) معنى المحتاج : ١٧٧/٢ - ١٧٩ ، الإفصاح : ١٦٩/١ وما بعدها .

٦- صلح بمعنى السلم : وهو أن يصلح عن شيء بعوض موصوف في الذمة كثوب موصوف بصفة السلم .

ركن الصلح : ركن الصلح عند الحنفية : هو الإيجاب والقبول ، وهو أن يقول المدعى عليه : صالحتك من كذا على كذا ، أو من دعواك كذا على كذا . ويقول الآخر : قبلت أو رضيت ، أو ما يدل على قبوله ورضاه ، فإذا وجد الإيجاب والقبول تم عقد الصلح ^(١) . وأركان الصلح عند الجمهور أربعة : عاقدان (متصالخان) وصيغة (إيجاب وقبول) ومصطلح عنه (محل النزاع) ومصطلح عليه (بدل الصلح) .

المبحث الثاني - شروط الصلح

يشترط في عقد الصلح شروط تتعلق إما بالمصالح أو بالمصالح عليه أو بالمصالح عنه .

شروط المصالح : يشترط في المصالح شروط هي ما يأتي ^(٢) :

١- أن يكون عاقلاً : فلا يصح صلح المجنون والصبي الذي لا يعقل ، لانعدام أهلية التصرف بانعدام العقل ، ولا يشترط البلوغ ، فيصح صلح الصبي المأذون في التصرف إذا كان له فيه نفع ظاهر ، أو لا يكون له فيه ضرر ظاهر .

٢- ألا يكون المصالح بالصلح على الصغير مضرّاً به مضرّة ظاهرة : سواء أكان الصغير مدعى عليه أم كان وليه مدعياً له .

فإذا ادعى إنسان على صبي ديناً فصالح أبوه مما ادعى به على مال الصغير : فإن كان للمدعى بينة وكان ما أعطاه الأب من المال مثل الحق المدعى به ، أو بزيادة يتغابن الناس في مثلها ، فالصلح جائز : لأن الصلح في هذه الصورة فيه معنى

(١) البدائع : ٤٠/٦ . تكلّة فتح القدير : ٢٣/٧ . الدر المختار : ٤٩٣/٤ .

(٢) البدائع : ٤٠/٦ وما بعدها . الدر المختار ورد المختار : ٤٩٣/٤ وما بعدها .

المعاوضة ، والأب يملك المعاوضة من مال الصغير بالغبن اليسير .

وإن لم تكن للمدعي بينة لا يجوز الصلح ؛ لأن الصلح حينئذ يقع تبرعاً بمال الصغير ، والتبرع ضرر محض ، فلا يملكه الأب ، فإن صالح الأب من مال نفسه جاز ، لأنه لم يضر الصغير ، وإنما نفعه حيث أنهى أمر الخصومة أو الدعوى عنه .

وإذا ادعى أب الصغير على إنسان ديناً للصغير ، فصالح المدعى عليه على أن يحط بعضه عنه ويأخذ الباقي ؛ فإن كان للأب بينة على المدعى به كسند مثلاً فلا يجوز الصلح ؛ لأن الحط منه تبرع من مال الصغير ، والأب لا يملك ذلك . وإن صالحه على مثل قيمة الشيء ، أو نقص منه شيئاً يسيراً جاز الصلح ؛ لأنه في هذه الصورة بمعنى البيع ، وهو يملك البيع ، فيملك الصلح .

٣- أن يكون المصالح عن الصغير ممن يملك التصرف في ماله ، كالأب والجد والوصي ؛ لأن الصلح تصرف في المال ، فيختص بمن يملك التصرف فيه .

٤- ألا يكون المصالح مرتداً ؛ وهذا شرط عند أبي حنيفة بناء على أن القاعدة عنده في تصرفات المرتد هي أنها موقوفة . وأما عند الصحابين فلا يشترط هذا الشرط بناء على القاعدة المقررة عندهما ؛ وهي أن تصرفات المرتد نافذة . وأما المرتدة فصلحها جائز بلا خلاف عندهم .

شروط المصالح عليه : يشترط في بدل الصلح الذي يتم عليه العقد شروط هي ما يلي :

١- أن يكون المصالح عليه مالاً^(١) : فلا يصح الصلح على الحجر والميتة والدم وصيد الحرم والإحرام ونحوها مما ليس بمال ؛ لأن في الصلح معنى المعاوضة ، فما لا يصلح عوضاً في البيوع لا يصلح بدل الصلح .

(١) البدائع : ٤٢/٦ ، جمع الضمانات : ص ٣٩٠ .

ولا فرق في المال المصالح عليه بين أن يكون عيناً أو ديناً أو منفعة؛ لأن العوض في المعاوضات قد يكون عيناً، وقد يكون ديناً، وقد يكون منفعة، إلا أنه يشترط القبض في بعض الأعواض في بعض الأحوال دون بعض. وهذا الموضوع يحتاج إلى البحث والتفصيل.

قال الحنفية: إن المدعى به في الدعوى إما أن يكون عيناً: وهو ما يحتمل التعيين جنساً ونوعاً وقدرأ وصفة واستحقاقاً كالعروض (الأمثلة) من الثياب، والعقار من الأرضين والدور، والحيوان من الدواب، والمكيل من الخنطة والشعير، والموزون من الحديد والنحاس ونحوها.

وإما أن يكون ديناً: وهو ما لا يحتمل التعيين كالنقود والمكيلات والموزونات الموصوفة في الذمة والثياب والحيوانات الموصوفة في الذمة.

وإما أن يكون منفعة ككنى دار معينة.

وإما أن يكون حقاً ليس بعين ولا دين ولا منفعة، كالقصاص والتعزير.

وبدل الصلح: إما أن يكون عيناً أو ديناً أو منفعة، والصلح إما أن يكون عن إقرار المدعى عليه أو عن إنكاره، أو عن سكوته كما عرفنا، وهنا نبين حكم كل حالة.

فإن كان المدعى به عيناً والصلح عن إقرار: فإن هذا الصلح يجوز، سواء أكان بدل الصلح عيناً أو ديناً إذا كان معلوم القدر والصفة؛ لأن هذا الصلح في معنى البيع من الجانبين، فكان بدل الصلح في معنى الثمن، وهذه الأشياء تصلح ثناً في البيوع عيناً كانت أم ديناً.

فإن كان بدل الصلح عيناً، قائماً، معيناً، مملوكاً، فيجوز الصلح سواء أكانت العين مكيلة أم موزونة، أم غيرهما من العروض والحيوان.

وإن كان بدل الصلح ديناً ، فإن كان شيئاً من المكيل والموزون معلوم القدر والصفة يجوز الصلح ، كما في البيع ؛ لأن هذه الأشياء تصلح ثمناً .

وإن كان بدل الصلح ثياباً موصوفة في الذمة : فلا يجوز الصلح ، ما لم تتوافر فيه جميع شرائط السلم التي عرفناها في عقد السلم ، كبيان القدر والوصف والأجل ؛ لأن الثياب لا تثبت ديناً في الذمة إلا بشرائط السلم . وهذا بخلاف المكيل والموزون فإنها يثبتان في الذمة مطلقاً في المعاوضات ، فيصلح كل منها ثمناً من غير ذكر أجل ، ولا يشترط قبضها في المجلس .

وإن كان البدل حيواناً موصوفاً في الذمة : فلا يجوز الصلح ؛ لأنه لا يصير أصلاً ديناً ثابتاً في الذمة في مقابلة مال بمال ، فلا يصلح ثمناً .

وإن كان المدعى به ديناً والصلح عن إقرار :

أ- فإن كان دراهم أو دنانير فصالح منها ، فلا يخلو الأمر من إحدى حالتين : إما أن يصلح منها على خلاف جنسها أو على جنسها .

ففي الحالة الأولى : إن كان بدل الصلح عين مال معلوم جاز الصلح ، ويكون العقد بمنزلة بيع الدين بالعين ، وإن كان بدل الصلح ديناً غير الدراهم والدنانير ، لا يجوز الصلح ، حتى لا يؤدي الاتفاق إلى بيع الدين بالدين .

وفي الحالة الثانية أي (الصلح على جنس الدين) كأن صالح من دراهم على دراهم : فإن صالح على مثل حقه قدرأ وصفة ، مثل أن يصلح من ألف جياذ على ألف جياذ ، فلا شك في جواز هذا الصلح ؛ لأن المدعي استوفى عين حقه .

وإن صالح على أقل من حقه قدرأ وصفة ، مثل أن يصلح من الألف الجياذ على خمسمائة رديئة يجوز الصلح أيضاً ، ويصير المدعي مستوفياً بعض حقه ، ومبرئاً المدعي عليه من الباقي .

وإن صالح على أكثر من حقه قدرأ وصفه ، مثل أن يصلح من ألف الرديئة على ألف وخمسة جيدة لا يجوز الصلح ؛ لأنه ربا في هذه الحالة ؛ لأن القاعدة المقررة في هذه الحالات كلها هي : أن الصلح متى وقع على جنس ما هو المستحق بعقد المدائنة يعتبر استيفاء من المدعي لحقه ، فإذا تعذر جعله استيفاء يعتبر معاوضة ، فتطبق شروط المعاوضة^(١) .

وفي الحالة الأخيرة يعتبر العقد معاوضة ؛ لأنه بعكس الحالة التي سبقتها ؛ فإنه يتعذر اعتبار المدعي مستوفياً بعض حقه ومقطاً البعض الآخر .

وعلى هذا : إذا صالح على أكثر من حقه صفة لا قدرأ بأن صالح من ألف رديئة على ألف جيدة ، جاز الصلح ، ويشترط تطبيق شروط عقد الصرف حينئذ ، ومنها الحلول أو التقابض ، فإذا وجد التقابض وهما في مجلس واحد جاز ؛ لأن الجودة لا قيمة لها عند مقابلتها بجنسها . وإن افرقا ولم يتم القبض في المجلس بطل العقد ، لأن هذا عقد صرف .

وإذا صالح على أكثر من حقه صفة وأقل منه قدرأ بأن صالح من ألف درهم رديئة على خمسة جيدة ، لا يجوز الصلح في ظاهر الرواية عند الحنفية ؛ لأن الصلح من الرديء على الجيد اعتياض عن صفة الجودة ، وهذا لا يجوز ؛ لأن الجودة في الأموال الربوية لا قيمة لها عند مقابلتها بجنسها ، للقاعدة الشرعية المروية حديثاً : « جيدها ورديئها سواء »^(٢) والعقد هنا عقد صرف ، وليس استيفاء للحق ؛ لأن مستحق الرديء لا يستحق الجيد ، وإذا كان العقد صرفاً فإن من المقرر أن يبيع ألف درهم رديئة بخمسة جيدة لا يجوز لأنه ربا .

(١) تكله فتح القدير : ٤١/٧ ، الميسوط : ٢٧/٢١ ، تبيين الحقائق : ٤١/٥ ، الدر المختار : ٥٠٠/٤ .

(٢) قال الحافظ الزيلعي عن هذا الحديث : غريب . ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث أبي سعيد الخدري ، وهو قوله ﷺ : « الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلاً بثل ، يداً بيد ، فن زاد أو استزاد ، فقد أربى ، الآخذ والمعطي فيه سواء » أخرجه مسلم (راجع نصب الراية : ٢٧/٤) .

والخلاصة : أن الصلح متى وقع على أقل من جنس حق المدعي من الدراهم والدنانير يعد استيفاء لبعض الحق ، وإبراء عن الباقي . ومتى وقع على أكثر من جنس حقه منها ، أو وقع على جنس آخر من دين أو عين يعتبر معاوضة^(١) .

وبناء عليه : إذا صالح المدعي من الدين الحال على الدين المؤجل وهما في القدر سواء ، كأن يصلح من ألف حالة على ألف مؤجلة ، جاز الصلح ، ويكون هذا تأجيلاً للدين ، ولو كان الصلح على العكس من الحالة السابقة : يجوز أيضاً ، ويكون استيفاء من المدعي لحقه ، ويصير المدعى عليه تاركاً حقه في تأجيل الدين .

ولو كان الدين مؤجلاً ، فصالح صاحب الدين على بعضه معجلاً ، كأن يصلح من الألف المؤجلة على خمسمائة معجلة : لا يجوز الصلح ؛ لأن صاحب الدين المؤجل لا يستحق المعجل ، فلا يمكن أن يجعل هذا استيفاء للحق ، فصار التعاقد معاوضة عن الأجل ، فلا يجوز ؛ لأن الأجل ليس بمال ، ويبيع خمسمائة بألف لا يجوز^(٢) .

أما لو كان الدين معجل الوفاء ، فعين الدائن وقت الأداء ، كأن كان له على المدين ألف ليرة حل أداؤها بحكم عقد المداينة ، فقال له : « صالحتك على خمسمائة على أن تعطيتها اليوم أو على أن تعجلها اليوم » فإن أعطاه في نفس اليوم برئ عن خمسمائة باتفاق الحنفية . وإن لم يعطه حتى مضى اليوم بطل الصلح وعادت الألف عليه كما كانت عند أبي حنيفة ومحمد . وعند أبي يوسف : يمضي الصلح ويبرأ عن الخمسمائة ويبقى عليه خمسمائة فقط .

وجه قول أبي يوسف : أن هذا الصلح تضمن تعليق البراءة عن بعض الدين بشرط تعجيل البعض الآخر ، والبراءة لا يصح تعليقها بالشروط ، فإذا لم يوجد

(١) البدائع : ٤٤/٦ ، تبين الحقائق : ٤٢/٥ ، الدر المختار : ٥٠٠/٤ .

(٢) تكملة فتح القدير : ٤٢٧ .

الوفاء بالتعجيل لم ينفسخ العقد بدون شرط الفسخ صراحة ، ولم يوجد شرط الفسخ ،
فبقي الخط عن بعض الدين صحيحاً .

ووجه قول أبي حنيفة ومحمد : هو أن شرط تعجيل بعض الدين هو شرط
لانفساخ العقد عند عدم التعجيل ، وهو كأنه نص صريح على شرط الفسخ ، كما قال
شخص لغيره : « أبيعك هذا المتاع بألف ليرة على أن تعجلها اليوم ، فإن لم تعجلها فلا
بيع بيننا » فالبيع في هذه الصورة جائز ؛ لأن شرط التعجيل شرط في الفسخ ، لا في
العقد ، فكذا هذا في الصورة المختلف فيها ؛ لأن المفهوم ضمناً أو دلالة كالمفهوم صراحة ،
فصارت الصورة كأن المصالح قال : « فإن لم تعجل فلا صلح بيننا » .

يفهم منه أن الحنفية متفقون على أن الدائن إذا قال ، « أصلحك عن الألف التي
لي عليك على خمسمائة تعجلها اليوم ، فإن لم تعجلها فالألف عليك » ، ولم يعجلها
اليوم ، فالصلح باطل ، وعليه الألف باتفاق الحنفية ، لوجود النص الصريح على
الفسخ .

ولو صالح على أن « يعطيه خمسمائة إلى شهر على أن يحط عنه خمسمائة في الحال ،
فإن لم يعطه إلى شهر ، فعليه الألف » فهو صلح صحيح ؛ لأنه إبراء للحال ، وتعليق
لفسخ الإبراء بالشرط .

وكذلك لو أخذ الدائن من المدين كفيلاً بألف ليرة ، وتصلح معه على أن يحط
عنه خمسمائة ، وشرط على الكفيل أنه إن لم يوفه خمسمائة إلى رأس الشهر ، فعليه كل
المال وهو الألف ، فهو جائز ، والألف لازمة للكفيل إن لم يوفه ، لأنه جعل عدم
إيفاء الخمسمائة إلى رأس الشهر شرطاً للكفالة بألف .

ولو ضمن الكفيل الألف ليرة بدون شرط شيء ، ثم قال له الدائن : « حطت
عك خمسمائة على أن توفيني رأس الشهر خمسمائة ، فإن لم توفني فالألف عليك » فهذا
الفقه الإسلامي جده (٢٠)

صحيح أيضاً، بل هو شرط أوثق من شرط الحالة الأولى؛ لأنه جعل هنا عدم التعجيل شرطاً لانفساخ الخط لا شرطاً للعقد.

ولو قال الدائن لمن عليه الألف ليرة: «إن أديت إلي خمسمائة فأنت بريء من الباقي» أوقال: «متى أديت خمسمائة فأنت بريء من خمسمائة» فإنه لا يصح، ويبقى عليه الألف؛ لأنه تعليق البراءة بالشرط، ولا يبرأ عن الباقي حتى يبرئه^(١).

ب- وإن كان المدعى به ديناً سوى الدراهم والدنانير: فإن كان مكيفاً بأن كان مد حنطة مثلاً، فصالح منه فله حالتان: إما أن يصلح على جنسه أو على خلاف جنسه^(٢).

الحالة الأولى- فإن صالح على جنسه فله أحوال: إن صالح على مثل حقه قدرأ وصفة، جاز الصلح، ولا يشترط القبض؛ لأنه استوفى عين حقه.

وإن صالح على أقل من حقه قدرأ وصفة جاز، ويعتبر الصلح خطأً عن الباقي، لا معاوضة؛ لأنه يعتبر استيفاء لبعض حقه وإبراء عن الباقي، ولا يشترط القبض.

وإن صالح على أقل من حقه صفة لا قدرأ، جاز أيضاً، ويكون استيفاء لعين حقه وإبراء للمدعى عليه عن الصفة، ولا يشترط القبض.

وإن صالح على أكثر من حقه قدرأ وصفة أو قدرأ لا صفة: لا يجوز الصلح؛ لأنه ربا. وإن صالح على أكثر منه صفة لا قدرأ: بأن صالح من مد حنطة رديء على مد جيد جاز، ويعتبر معاوضة.

الحالة الثانية- وإن صالح على خلاف جنس حقه: فإن كان بدل الصلح من الدراهم

(١) راجع البدائع: ٤٤/٦ وما بعدها، تكملة فتح القدير: ٤٢/٧ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٤٣/٥ وما بعدها.

(٢) البدائع: ٤٥/٦ وما بعدها، المبسوط: ٢٦/٢١ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٤٢/٥.

والدنانير جاز الصلح ، ويشترط القبض حتى لا يفترق المتعاقدان عن دين بدين .

وإن كان بدل الصلح من المكيلات ، وهو شيء معين بذاته ، جاز الصلح ، ولا يشترط القبض . وإن كان موصوفاً في الذمة ، جاز الصلح أيضاً ، ولكن يشترط القبض في المجلس احترازاً من الافتراق عن دين بدين ، وعليه فإن الصلح عن دين بدين لا يجوز ، فلو كان لشخص على آخر مد حنطة ، فصالحه عليه بدراهم إلى أجل لا يصح ؛ لأنها افترقا عن دين بدين ^(١) .

وإن كان المدعى به حيواناً موصوفاً في الذمة : بأن وجب في الذمة عن قتل الخطأ أو شبه العمد أو عن المهر أو بدل الخلع ، فصالح على مكيل أو موزون سوى الدراهم والدنانير ، جاز الصلح ، ويكون معاوضة ، ويشترط التقابض احترازاً عن افتراق العاقدين عن دين بدين .

ولو صالح على قيمة الحيوان أو أكثر مما يتغابن الناس فيه ، جاز ؛ لأن قيمة الحيوان دراهم ودنانير ، وهي ليست من جنس الحيوان ، فكان الصلح عليها معاوضة ، فيجوز سواء قل أو كثر ، ولا يشترط القبض .

وكذا إذا صالح من الحيوان على دراهم في الذمة ، وافترق العاقدان من غير قبض ، جاز الصلح ، وإن كان افتراقاً عن دين بدين ؛ لأن هذا المعنى ليس بمعاوضة ، بل هو استيفاء عين حقه ؛ لأن الحيوان الذي وجب في الذمة ، وإن كان ديناً لكنه ليس بدين لازم ، بدليل أن من عليه الحيوان إذا جاء بقيمته يجبر من له على القبول ، بخلاف سائر الديون ، فلا يكون افتراقاً عن دين بدين حقيقة ^(٢) .

بدل الصلح منفعة : ذكرنا أحكام الشرط الأول من شروط المصالح عليه إذا كان بدل الصلح عيناً أو ديناً . فأما إذا كان منفعة ، بأن كان على رجل عشر ليرات

(١) الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمد حمزة : ص ١٤٦ .

(٢) البدائع : ٤٦/٦ وما بعدها .

مثلاً، فصالح منها على منفعة بيت بأن يسكنه شهراً أو على ركوب دابة أياماً معلومة أو على زراعة أرض مدة معينة ونحوها جاز الصلح^(١)، ويكون التصالح إجارة (أي في معنى الإجارة) سواء أكان الصلح عن إقرار المدعى عليه أم عن إنكاره أم سكوته؛ لأن الإجارة تملك المنفعة بعوض، وقد وجد العوض هنا، والمعاوضة ظاهرة المعنى في الصلح عن إقرار، وأما في الصلح عن إنكار، فالمعاوضة عن الخصومة واليمين.

وكذا في الصلح عن سكوت؛ لأن الساكت منكر حكماً.

وإذا اعتبر الصلح على المنافع إجارة، فيصح بما تصح به الإجازات ويفسد بما تفسد به، وهذا باتفاق المذاهب الأربعة^(٢).

٢- الشرط الثاني من شروط المصالح عليه (بدل الصلح) أن يكون متقوماً: فلا يصح على الخمر والخنزير من المسلم؛ لأنه ليس بمال متقوم في حقه^(٣)، لكن في هذه الحالة إذا تم الصلح على ما لا يصلح أن يكون عوضاً أصلاً نفذ الصلح ولم يجب شيء، لأنه يدل على أن المتصالحين ما أرادا المعاوضة، ويكون الصلح عفواً من المصالح.

٣- الشرط الثالث - أن يكون مملوكاً للمصالح: فلو صالح على مال، ثم

(١) قال الحنفية (تحفة الفقهاء: ٤٢٦/٣): كل ما يصلح مهراً في النكاح (وهو أن يكون مالا متقوماً عند الناس، المرجع السابق: ٢٠١/٢) وتصح تسميته، صح أن يكون بدلاً في الصلح. وكل ما لا يصلح مهراً ولا تصح تسميته ويجب فيه مهر المثل في النكاح، لا يصح أن يكون بدلاً في الصلح، والواجب حينئذ في الصلح دية النفس في القتل وأرش الجناية فيما دون النفس. وقد أجاز الحنفية (الهداية مع الفتح: ٤٥٠/٢) أن يكون المهر منفعة يمكن تسليها شرعاً كسكنى الدار أو ركوب الدابة أو الحمل عليها، أو على أن تزرع أرضه، ولكن لا يصح أن تكون المنفعة خدمة الحر لزوجته، أو كانت ما لا يستحق عليها الأجر كتعليم القرآن؛ لأنه في الأولى ينقلب وضع الرجل فيصبح خادماً وفي الثانية ليس ذلك مالا.

(٢) البدائع: ٤٧/٦، تكملة فتح القدير: ٢١/٧، الشرح الكبير: ٢١٠/٣، مغني المحتاج: ١٧٨/٢، للغني: ٤٨٣/٤.

(٣) البدائع: ٤٧/٦ وما بعدها، تكملة فتح القدير: ٢٣/٧، تبيين الحقائق: ٣٦/٥.

استحق من يد المدعي ، لم يصح الصلح ؛ لأنه تبين أنه ليس مملوكاً للمصالح^(١) .

٤- الشرط الرابع - أن يكون معلوماً : لأن جهالة البدل تؤدي إلى المنازعة ، فتوجب فساد العقد^(٢) .

شروط المصالح عنه :

يشترط في محل عقد الصلح شروط هي ما يأتي :

أحدها- أن يكون حقاً للإنسان لا حقاً لله عز وجل ، سواء أكان مالاً عينياً أم دينياً ، أم حقاً ليس بمال كالقصاص والتعزير^(٣) . فلا يصح الصلح من حد الزنا والسرقة وشرب الخمر بأن يأخذ رجل زانياً أو سارقاً أو شارب خمر ، وأراد أن يرفعه إلى الحاكم ، فصالحه المأخوذ على مال ليتركه ، فالصلح باطل ؛ لأن الحد حق الله تعالى ، والاعتياض عن حق الغير لا يجوز ، وهو الصلح على تحريم الحلال أو تحليل الحرام .

وكذا لا يصلح الصلح من حد القذف بأن قذف الإنسان رجلاً ، فصالحه على مال على أن يعفو عنه ؛ لأن هذا الحد ، وإن كان للإنسان فيه حق ، فالمغلب فيه عند الحنفية هو حق الله تعالى .

وكذا لا يصح الصلح مع شاهد يريد أن يشهد عليه على مال ، على ألا يشهد عليه فهو باطل ؛ لأن الشاهد في إقامة الشهادة محتسب حقاً لله تعالى ، والصلح عن حقوق الله عز وجل باطل ، ويجب على العاقد رد ما أخذ من المال ؛ لأنه أخذ بغير حق . ولو علم القاضي به أبطل شهادته ؛ لأنه فسق ، إلا أن يتوب ، فتقبل .

(١) البدائع : المرجع السابق : ص ٤٨ .

(٢) البدائع ، المرجع السابق ، الدر المختار : ٤٩٣/٤ .

(٣) البدائع ، المرجع نفسه ، تبين الحقائق : ٢٧/٥ ، تكملة فتح القدير ، المرجع السابق : ص ٣٤ ، الدر المختار :

٤٩٣/٤ .

ويجوز الصلح على التعزير؛ لأنه حق للإنسان .

وكذا يجوز الصلح باتفاق المذاهب الأربعة عن القصاص في النفس وما دون النفس من الأعضاء؛ لأن القصاص حق للإنسان، فالصلح يجوز حينئذ، سواء أكان بدل الصلح عيناً أم ديناً، لكن إذا كان البديل ديناً يشترط القبض في المجلس، حتى لا يكون افتراقاً عن دين بدين^(١).

وسواء أكان البديل معلوماً أم مجهولاً جهالة غير فاحشة، فإذا صالح مثلاً على ثوب أو دابة أو دار لا يجوز؛ لأن الثياب والدواب والدور أجناس ذات أنواع مختلفة، وجهالة النوع تعتبر فاحشة، فتمنع الجواز.

والضابط في هذا: أن كل جهالة تمنع صحة تسمية المهر في النكاح تمنع صحة الصلح من القصاص، وما لا يمنع التسمية فلا يمنع الصحة؛ لأن كلاً من بدل الصلح والمهر يجب بدلاً عما ليس بمال. وعليه إن كان البديل مما يصلح مهراً في النكاح فيصلح بدلاً في الصلح، وإذا لم يصلح تسمية المهر بسبب الجهالة يجب مهر المثل، وإذا لم يصلح تسمية بدل الصلح يسقط القصاص وتجب دية النفس في القتل، وأرش الجناية فيما دون النفس، إلا أن بين النكاح والصلح فرقاً من وجه وهو أنه إذا صالح عن القصاص على خمر أو خنزير، يسقط القصاص، ولا يجب شيء آخر، ويكون الصلح عفواً من صاحب الدم؛ أما في النكاح فإنه يجب مهر المثل. وجه الفرق: هو أن لفظ «الصلح» كناية عن العفو، فإذا لم يذكر مال متقوم في الصلح عن القصاص كان بمثابة السكوت عن ذكر عوض، وإذا لم يذكر العوض كان معناه هو العفو، وبعد العفو لا يجب شيء. أما في النكاح فلا يحتمل العفو عن المهر؛ لأنه إذا سكت عنه يجب حكماً لأنه من ضرورات عقد النكاح، فإنه ما شرع إلا بالمال، فإذا لم يكن المسمى صالحاً للمهر، صار كما لو لم يسم العاقد مهراً، وإذا لم يسم مهراً وجب مهر المثل.

(١) البدائع، المرجع السابق، المبسوط: ٩/٢١، تبين الحقائق: ٣٥/٥، تكملة فتح القدير: ٣٢/٧، الشرح الكبير: ٣١٧/٣، المغني: ٤٩٤/٤ وما بعدها.

وأما الصلح : فليس من ضروراته وجوب المال ، فإنه لو عفا بلا تسمية شيء لم يجب شيء^(١) .

والصلح عن القصاص جائز سواء أكان بدل الصلح قدر الدية أم أقل أم أكثر لقوله تعالى : ﴿ فمن عفي له^(٢) من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ﴾ قال ابن عباس : « إنها نزلت في الصلح عن دم العمد » واسم الشيء يتناول القليل والكثير ، فدلت الآية على جواز الصلح من القصاص على القليل والكثير .

وهذا بخلاف الصلح عن القتل الخطأ وشبه العمد : فإنه إذا صالح على أكثر من الدية والأرش لا يجوز الصلح ؛ لأن الأرش والدية مقدران شرعاً بمقدار معلوم لا زيادة عليه ، فالزيادة على المقدر تكون ربا ، فلا يجوز ، أما بدل الصلح عن القصاص فعوض عن القصاص ، والقصاص ليس بمال ، حتى يكون البديل عنه زيادة على المال المقدر ، وليس فيه تقدير شرعي ، فلا يتحقق الربا^(٣) .

الصلح عن المجهول : لا يشترط عند الحنفية والحنابلة : أن يكون المصالح عنه معلوماً ، فيصح الصلح عن المجهول ، سواء أكان عيناً أم ديناً ، فمن ادعى على آخر حقاً في عين ، فأقر به المدعى عليه ، أو أنكر ، فصالح على مال معلوم ، جاز^(٤) ؛ لأن الصلح كما يصح بطريق المعاوضة يصح بطريق الإسقاط ، وهذا إسقاط حق ، فصح في المجهول كالعتاق والطلاق ، ولأنه إذا صح الصلح مع العلم ، وإمكان أداء الحق بعينه ، فلأن يصح مع الجهل أولى ، إذ لو لم يجز الصلح حينئذ أدى إلى ضياع المال ، والصلح هنا ليس ببيعاً وإنما هو إبراء ، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال في رجلين

(١) العناية بهامش تكملة فتح القدير : ٣٣/٧ ، تبين الحقائق : ٣٥/٥ .

(٢) أي أعطي له . ومعنى الآية : أن الله تعالى أمر الولي بالاتباع بالمعروف إذا أعطي له شيء .

(٣) البدائع : ٤٩٦/٦ ، العناية مع تكملة الفتح : ٣٤/٧ ، تبين الحقائق : ٣٦/٥ ، الدر المختار : ٤٩٧/٤ .

(٤) يعني أن يكون بين رجلين معاملة وحساب من زمن طويل ، ولا علم لكل واحد منها بما عليه لصاحبه ، فيجوز الصلح بينها ، وكذلك من عليه حق ، لا علم له بقدره ، جاز أن يصلح عليه .

اختصا في مواريث درست : « استهما ، وتوخيا ، وليحلل أحدا كما صاحبه »^(١) ، وهذا صلح على المجهول كما قال ابن قدامة .

وقال المالكية : ينبغي أن يعرف المدعي قدر ما يصلح عنه من الدين ، فإن كان مجهولاً لم يجز .

وقال الشافعي : لا يصح الصلح على المجهول ؛ لأن الصلح بيع ، ولا يصح البيع على المجهول^(٢) .

الشرط الثاني - أن يكون المصالح عنه حقاً للمصالح ، فإذا لم يكن حقاً له ، بطل الصلح^(٣) .

الشرط الثالث - أن يكون حقاً ثابتاً للمصالح في محل الصلح ، فإذا لم يكن حقاً ثابتاً له ، لا يجوز الصلح عنه ، كما يظهر من الحالات الآتية^(٤) .

- لو أن امرأة طلقها زوجها ادعت عليه صبياً في يده أنه ابنه منها ، وجدد رجل على امرأة نكاحاً وهي تجدد دعواه ، فصالحته على مال بذلته له ، حتى يترك

(١) رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه ، وأصله في الصحيحين عن أم سلمة قالت : جاء رجلان يختصمان إلى رسول الله ﷺ في مواريث بينهما قد درست ليس بينهما بينة ، فقال رسول الله ﷺ : إنكم تختصمون إلى رسول الله ﷺ وإنما أنا بشر ، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض ، وإنما أقضي بينكم على نحو مما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه ، فإنما أقطع له قطعة من النار يأتي بها أسطاماً (أي المسعار وهو الحديدية التي يسعر بها النار) في عنقه يوم القيامة ، فبكي الرجلان ، وقال كل واحد منهما : حقي لأخي ، فقال رسول الله ﷺ : « أما إذا قلتما فاذبها ، فاقتما ، ثم توخيا الحق ، ثم استهما ، ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه » ليحلل : أي ليسأل كل واحد منكما صاحبه أن يجعله في حل من قبله بإبراء ذمته ، وفيه دليل على أنه يصح الإبراء من المجهول (راجع نيل الأوطار : ٢٥٣/٥) .

(٢) راجع البدائع : ٤٩/٦ ، مجمع الضمانات : ص ٢٨٨ ، تبين الحقائق : ٣٢/٥ ، الدر المختار : ٤٩٣/٤ ، المغني : ٤٩٠/٤ وما بعدها ، الميزان : ٧٩/٢ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٣١٠/٣ .

(٣) البدائع ، المرجع السابق .

(٤) البدائع ، المرجع السابق ، المبسوط : ٣٥/٢١ ، مجمع الضمانات : ص ٣٨٥ .

الرجل ، فصالحته عن النسب على شيء ، فالصالح باطل ؛ لأن النسب حق الصبي ، لا حقها فلا تملك المعاوضة عن حق غيرها .

- ولو صالح الشفيح المشتري عن حق الشفعة الذي وجب له ، على مال معلوم على أن يسلم الدار المبيعة مثلاً للمشتري ، فالصالح باطل ؛ لأنه لا حق للشفيح في محل الصلح ، إنما الثابت له حق التملك ، وهذا عبارة عن ولاية له ، وهي صفة له ، فليس هذا الحق لمعنى في المحل ، فلا يحتل الصلح عنه^(١) وهو بخلاف الصلح عن القصاص ؛ لأن المحل هنا يصير مملوكاً في حق الاستيفاء .

- وإذا صالح الكفيل بالنفس المكفول له على مال معلوم على أن يبرئه من الكفالة ، فالصالح باطل ، والكفالة لازمة ؛ لأن الثابت للدائن المكفول له : هو حق مطالبة الكفيل بتسليم المكفول بنفسه ، وهو عبارة عن ولاية المطالبة ، وهي صفة للدائن ، فلا يجوز الصلح عنها فأشبه الشفعة .

- ولو كان لرجل ظلّة^(٢) على طريق نافذ أو كنيف^(٣) ممتد إلى الشارع أو ميزاب ، فخاصمه رجل فيه ، وأراد طرحه وإزالته ، فصالحه على مال فالصالح باطل ؛ لأن الطريق حق لجماعة المسلمين ، وليس لأحد منهم حق معتبر ثابت في الطريق ، وإنما له فقط حق المرور ، وولاية المرور ، وهما صفة للمرور ، فلا يجوز الصلح عنه . هذا فضلاً عن أنه لا فائدة من هذا الصلح ، لأنه إن سقط حق واحد بالصلح ، فللباقين حق القلع^(٤) .

أما إذا كان الطريق غير نافذ ، فخاصمه رجل من أهل الطريق على مال لترك

(١) أي أن حق الشفعة : حق أن يملك ، وذلك ليس بحق ثابت في المحل قبل التملك ، فأخذ بدل عنه أخذ مال في

مقابلة ماليش بشيء ثابت في المحل ، وهو رشوة حرام (العناية مع تكلمة فتح القدير : ٢٢٧) .

(٢) الظلة : المظلة الضيقة وهي ما يستظل بها من الحر أو البرد كالحنية المعروفة الآن .

(٣) هي الكنية التي تشرع فوق باب الدار ، أي السقيفة الممتدة خارج البيت إلى الشارع كالروشن الآن .

(٤) البدائع : ٤٩٦/٦ . مغني المحتاج : ١٨٢/٢ ، المهذب : ٣٢٢/١ .

الظلة ونحوها ، فالصلح جائز ؛ لأن الطريق هنا مملوكة ملكاً مشتركاً بين جماعة محصورة ، فكان لكل واحد منهم جزء مملوك له ، فجاز الصلح عنه ، وفي هذا الصلح فائدة لاحتمال أن يصالح الباقون بخلاف حالة ما إذا كان الطريق نافذاً ، فإنه لا يتصور الصلح من جميع الناس .

- ولو ادعى رجل على رجل مالا ، فأنكره المدعى عليه ، ولا بينة للمدعي ، فطلب من المدعى عليه اليمين ، فصالح عن اليمين على ألا يستحلفه ، جاز الصلح ، وبرئ من اليمين .

- ولو ادعى رجل على آخر مئة ليرة مثلاً ، فأنكرها المدعى عليه ، فتصالحا على أنه « إن حلف المدعى عليه ، فهو بريء » فحلف المدعى عليه : « ما لهذا المدعي قليل ولا كثير عندي » فإن الصلح باطل ، والمدعي على دعواه ، فإن أقام بينة أخذ حقه بها ؛ لأن قوله : « على أنه إن حلف المدعى عليه فهو بريء » تعليق البراءة بالشرط ، وهو باطل ؛ لأن في الإبراء معنى التملك ، والأصل في التملك ألا يحتمل التعليق بالشرط .

وإن لم تكن له بينة وأراد استحلاف المدعى عليه ، فهناك وجهان :

أ- إن كان ذلك الحلف الذي صدر من المدعى عليه عند غير القاضي :
فله أن يستحلفه عند القاضي مرة أخرى ؛ لأن تلك اليمين غير معتبرة .

ب- وإن كان حلف عند القاضي : فلا يستحلفه مرة ثانية ؛ لأن حق المدعي في الاستحلاف صار مستوفى مرة ، فلا يجب عليه الإيفاء مرة ثانية .

- ولو تصالحا على أن « يحلف المدعي ، فمضى حلف ، فالمدعى لازمة للمدعى عليه »^(١) فحلف المدعي على دعواه ، فإن الصلح باطل ، ولا يلزم المدعى عليه بشيء ؛

(١) أي فالمدعى واجب على المدعى عليه .

لأن هذا تعليق وجوب المال بشرط وهو باطل لكونه قماراً^(١).

- ولو ادعى رجل على امرأة نكاحاً ، فجحدته ، فصالحته على مال بذلته ، حتى يترك الدعوى ، جاز الصلح ؛ لأن النكاح حق ثابت في حق المدعي ، فكان الصلح على حق ثابت ، فكان في معنى الخلع ، إذ هو أخذ المال بدلاً عن الحقوق الزوجية ، وفي حقها بدل مال لإسقاط الخصومة^(٢) .

- ولو ادعى رجل على امرأة نكاحاً فجحدت ، فصالحها على مئة ليرة على أن تقر له بالنكاح ، فأقرت ، فهو جائز ، وتكون المئة من الزوج زيادة في مهرها ؛ لأن إقرارها بالنكاح محمول على أنه صحيح .

- ولو قال رجل لامرأة : « أعطيتك مئة ليرة على أن تكوني امرأتي » فهو جائز إذا قبلت الزواج بحضور من الشهود ، ويكون هذا كناية عن إنشاء النكاح ابتداء .

- وكذا لو قال : « تزوجتك أمس على ألف ليرة » فجحدت ، وقالت : « لا » فقال : « أزيدك مئة على أن تقرري لي بالنكاح » ، فأقرت ، جاز الصلح ، ولها ألف ومئة ، والنكاح جائز ، ويحمل إقرارها على الصحة^(٣) .

- ولو ادعت امرأة على رجل نكاحاً ، فجحد الرجل ، فصالحها على مال بذله لها ، لا يجوز الصلح ، لأنه لا يخلو إما أن يكون النكاح ثابتاً أو لم يكن ثابتاً ، فإن لم يكن ثابتاً كان دفع المال إليها من الرجل في معنى الرشوة ، إذ ليس هناك شيء يقابله العوض وقد بذل لها المال لتترك الدعوى . وإن كان ثابتاً لا تثبت الفرقة بهذا الصلح ؛ لأن العوض في مثل هذه الفرقة تعطيه المرأة لا الزوج فهو لا يعطي العوض في الفرقة ، فلا يكون المال الذي تأخذه المرأة عوضاً عن شيء ، فلا يجوز . لكن لو ادعى

(١) البدائع : ٥٠/٦ .

(٢) البدائع ، المرجع السابق ، تبين الحقائق : ٣٧/٥ ، الدر المختار : ٤٩٦/٤ ، جمع الضمانات : ص ٣٨٥ .

(٣) البدائع : ٥١/٦ .

الدعوى ، جاز الصلح ، وكان الصلح في معنى الخلع في جانبه ، لزعمه أن النكاح قائم ، ولدفع الخصومة في جانبها^(١) .

- ولو ادعى إنسان على آخر ألف ليرة ، فأنكر المدعى عليه ، فصالحه المدعى على مئة ليرة على أن يقر له بالألف ، فالصلح باطل ؛ لأن المدعى لا يخلو إما أن يكون صادقاً في ادعائه الألف ، وإما أن يكون كاذباً فيها ، فإن كان صادقاً فيها ، فالألف واجبة على المدعى عليه ، ويكون أخذ العوض عليه في معنى الرشوة ، وهو حرام . وإن كان كاذباً في ادعائه فإقرار المدعى عليه بالألف التزام المال من بادئ الأمر ، وهذا لا يجوز^(٢) .

- ولو ادعى إنسان على رجل وديعة ، أو عارية ، أو مال مضاربة أو إجارة ، فقال الأمين : « قد رددتها عليك » أو « هلكت » وكذبه المدعي ، وقال : « استهلكتها » ثم تصالحا على مال ، فالصلح باطل عند أبي يوسف . وعند محمد : صحيح . وجه قول محمد : أن هذا صلح وقع عن دعوى صحيحة ، ويمين موجهة ، فيصح .

وجه قول أبي يوسف : أن المدعي مناقض نفسه في هذه الدعوى ؛ لأن الوديع أمين المالك ، وقول الأمين قول المؤمن ، فكان إخباره بالرد أو الهلاك إقراراً من المودع فكان مناقضاً نفسه في ادعاء الاستهلاك ، والتناقض يمنع صحة الدعوى ، إلا أنه يستحلف لكن لا يدفع الدعوى ، لأنها مندفعة لبطلانها ، بل للتهمة ، وإذا لم تصح الدعوى لا يصح الصلح^(٣) .

(١) البدائع ، المرجع نفسه : ص ٥٠ ، تكملة فتح القدير مع العناية : ٢٥/٧ ، تبين الحقائق : ٢٧/٥ ، الكتاب مع الباب : ١٦٥/٢ .

(٢) البدائع ، المرجع السابق : ص ٥١ .

(٣) البدائع ، المرجع السابق : ص ٥٠ .

الصلح على العيب: لو اشترى رجل شيئاً فوجده معيباً ، فصالحه البائع من العيب على شيء دفعه إليه ، أو حط عنه من ثمنه شيئاً : فإن كان المبيع مما يجوز رده على البائع ، أو كان له حق المطالبة بأرش العيب دون رده ، فالصلح جائز؛ لأن الصلح عن العيب صلح عن حق ثابت في المحل وهو (صفة سلامة المبيع عن العيب)^(١) .

وإن لم يكن للمشتري حق رد المبيع ولا أخذ الأرش (التعويض عن العيب) بأن باع الشيء أو حدثت زيادة منفصلة متولدة من الأصل أو حدث عيب جديد عند المشتري عدا العيب القديم المجيز للرد : فلا يجوز الصلح ؛ لأن هذا أخذ مال لا بمقابلة شيء ، فلا يجوز .

وإذا جاز الصلح عن العيب ، فزال العيب ، كأن كان العيب بياضاً في عين الدابة فانجلى البياض ، يبطل الصلح ، ويأخذ البائع ما أداه ، لأن صفة سلامة المبيع قد عادت إليه ، فيعوض العوض ، ويزول حق المشتري فيه .

ولو طعن المشتري بعيب في المبيع ، فصالحه البائع على أن يبرئه من العيب المذكور ومن كل عيب ، فالصلح جائز؛ لأن الإبراء عن العيب إبراء عن صفة السلامة في المبيع وإسقاط لها .

وكذلك لو لم يطعن المشتري بعيب ، فصالحه البائع من كل عيب على مال ، فالصلح جائز؛ لأنه وإن لم يطعن بعيب فله حق الخصومة ، فيجوز الصلح لإبطال هذا الحق .

ولو طعن المشتري بنوع من العيوب كالعمى والقروح ، فصالحه البائع عليه ، جاز الصلح ؛ لأنه لما جاز عن كل عيب ، جاز عن العيب الواحد . فإذا ظهر عيب

(١) يلاحظ أن هذا الصلح جائز في البيع العادي الذي يجوز فيه التفاضل ، أما إذا كان البيع فيما يجري فيه الربا ، فلا يجوز الصلح على شيء ، لأنه يؤدي إلى الزيادة ، وهو ربا ، وهو لا يجوز .

آخر، كان للمشتري حق الخصومة فيه؛ لأن الصلح وقع عن نوع خاص، فكان له حق الخصومة في غيره^(١).

الصلح بين المدعي والأجنبي :

تكلّمنا فيما سبق عن الصلح بين المدعي والمدعى عليه . أما إذا كان الصلح بين المدعي والأجنبي المتوسط أو المتبرع بالصلح فلا يخلو الحال بين أن يكون الصلح بإذن أو أمر من المدعى عليه أو بغير إذنه أو أمره .

فإن كان الصلح بإذن من المدعى عليه : فإنه يصح الصلح ، ويكون المصالح وكيلاً عن المدعى عليه ، والصلح مما يحتمل التوكيل به ، ويجب المال على المدعى عليه دون الوكيل ، سواء أكان الصلح عن إقرار أم عن إنكار؛ لأن الوكيل في الصلح لا ترجع إليه حقوق العقد . والمال لازم للموكل دون الوكيل إلا إذا ضمن الوكيل بدل الصلح عن المدعى عليه ، فإنه يجب عليه حينئذ بموجب عقد الكفالة والضمان ، لا بموجب عقد الصلح^(٢) .

وقال الشافعية : إن قال الأجنبي للمدعي : وكلني المدعى عليه في الصلح وهو مقر لك بما تدعي ، صح الصلح بينهما ؛ لأن ادعاء الوكالة في المعاملات مقبول ، ولو صالح الأجنبي عن العين أي (المدعاة) لنفسه بماله ، وقال الأجنبي للمدعي : إن المدعى عليه مقر لك بالمدعى ، صح الصلح أيضاً ، وكأنه اشترى المدعى به . وإن كان المدعى عليه منكرأ ، وقال الأجنبي : هو مبطل في إنكاره ؛ لأنك صادق عندي ، فصالحني : فإن كان المدعى به عيناً ، فيطبق عليه حكم شراء المغصوب ، أي فإن كان قادراً على انتزاعه من المدعى عليه صح الصلح ، وإن لم يقدر على انتزاعه فلا يصح .

(١) البدائع : ٥١٦ ، المبسوط : ٣٦٢١ .

(٢) البدائع : ٥٢٦ ، تكلّة فتح القدير : ٣٨٧ وما بعدها ، تبين الحقائق : ٣٩٥ وما بعدها ، الكتاب مع

اللباب : ١٦٧/٢ .

وإن لم يقل الأجنبي : هو مبطل في إنكاره ، لغا الصلح ^(١) .

وإن كان الصلح بغير إذن من المدعى عليه : فهو صلح الفضولي ، وهو على خمسة أوجه :

في أربعة منها يصح الصلح ، ويجب المال على المصالح الفضولي ، ولا يجب على المدعى عليه شيء . وهذه الأوجه هي :

أولاً - أن يضيف الضمان إلى نفسه : بأن يقول الفضولي للمدعي : « صالحتك من دعواك هذه على فلان بألف ليرة على أنني ضامن لك هذه الألف » ، أو : « على أن علي الألف » .

ثانياً - أن يضيف المال إلى نفسه : بأن يقول : « على ألفي هذا ، أو على متاعي هذا » .

ثالثاً - أن يعين البدل وإن كان لا ينسبه إلى نفسه بأن يقول : « على هذا الألف أو على هذا المتاع » .

رابعاً - أن يسلم البدل ، وإن لم يعين ولم ينسب إلى نفسه : بأن قال : « صالحتك على ألف » وسلمها إليه .

والدليل على صحة الصلح في هذه الأوجه الأربعة هو قوله تعالى : ﴿ إنما المؤمنون إخوة ، فأصلحوا بين أخويكم ﴾ ، وقوله عز وجل : ﴿ والصلح خير ﴾ ، ولأن الفضولي بالصلح عن غيره في هذه الوجوه متصرف على نفسه بالتبرع بإسقاط الدين عن الغير ، بأن يقضي دينه من مال نفسه إذا كان الصلح عن إقرار . وإن كان الصلح عن إنكار فهو متبرع بإسقاط الخصومة عن غيره ، فيجوز التبرع في الحالتين .

(١) مغني المحتاج : ١٨١/٢ ، المهذب : ٣٢٢/١ .

وفي وجه واحد : لا يصح الصلح ، وإنما يكون موقوفاً على إجازة المدعى عليه ، وهو بأن يقول الفضولي : « صالحتك من دعواك هذه مع فلان على ألف ليرة أو على متاع كذا : الوسط » ، ففي هذه الحالة إن أجاز المدعى عليه صلح الفضولي نفذ ، ويجب البديل عليه دون المصالح ؛ لأن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ، وحكم الوكالة كذلك .

وإن لم يجز بطل الصلح ؛ لأن التصرف على الإنسان لا يصح من غير إذنه وإجازته ، والأصل في العقد إنما هو المدعى عليه ^(١) .

وهذه الأحكام تطبق على الخلع من الأجنبي :

فإن كان خلع الزوجة بإذن الزوج أو المرأة : يصير الخالع وكيلاً ، ويجب المال على المرأة للزوج دون الوكيل ؛ لأنه سفير ومعبّر عن الأصيل ، فلا يرجع إليه بشيء من حقوق العقد .

وإن كان الخلع بغير إذن : فإن وجد من الفضولي ضمان بديل الخلع ، أو قال : « خالع امرأتك على كذا ليرة علي » أو « على متاعي هذا » أو « على هذا الألف » أو « علي هذا المتاع » فإن الخلع صحيح ، ويجب المال على الفضولي ، وليس له أن يرجع على الأصيل ، لأنه متبرع .

وإن قال الفضولي للزوج : « اخلع امرأتك على كذا » فقال : « خلعت » فإن الخلع يكون موقوفاً على إجازة المرأة : فإن أجازت صح الخلع ، ويجب البديل عليها دون الفضولي ، وإن لم تجز بطل الخلع ، ولا يقع الطلاق .

وتطبق هذه الأحكام أيضاً على الصلح عن دم العمد من الأجنبي ، كما تطبق كذلك على الزيادة في الثمن من الأجنبي : إن كانت بإذن المشتري يكون الشخص

(١) البدائع : ٥٢/٦ ، تكملة فتح القدير : ٤٠/٧ ، تبين الحقائق : ٤٠/٥ .

الفضولي وكيلاً، وتجب الزيادة على المشتري . وإن كانت بغير إذن المشتري ، فعلى التفصيل السابق الذي ذكرناه في الصلح ^(١) .

المبحث الثالث - أحكام الصلح :

للصلح أحكام هي ^(٢) :

أولاً - انقطاع الخصومة والمنازعة بين المتداعيين شرعاً : فلا تسمع دعواهما بعدئذ ، وهذا حكم ملازم جنس الصلح .

ثانياً - حق الشفعة للشفيع : إذا كان المدعى به داراً وبدل الصلح ليس داراً ، وإنما هو نقد أو غيره ، فإن حق الشفعة يثبت للشفيع إذا كان الصلح عن إقرار من المدعى عليه ؛ لأن الصلح حينئذ يكون في معنى البيع بالنسبة لطرفي العقد . أما إذا كان الصلح عن إنكار من المدعى عليه ، فلا يثبت حق الشفعة ، لأنه ليس في معنى البيع بالنسبة للمدعى عليه ، بل هو بذل المال لدفع الخصومة واليمين .

وإن كان بدل الصلح داراً ، والصلح عن إقرار المدعى عليه يثبت حق الشفعة للشفيع في الدارين ، لما عرفنا أن الصلح هنا في معنى البيع من الطرفين .

وإن كان الصلح عن إنكار يثبت للشفيع حق الشفعة في الدار التي هي بدل الصلح ، ولا يثبت في الدار المدعاة ؛ لأنها لم تعتبر مبيعة ، إذ أن الصلح عن إنكار يعتبر معاوضة بالنسبة للمدعي ، وأما بالنسبة للمدعى عليه فليس بمعاوضة ، بل هو إسقاط للخصومة ودفع اليمين عن نفسه ، فلم يكن للدائر المدعاة حكم المبيع في حقه ، فلا يثبت للشفيع حق أخذها بالشفعة .

(١) البدائع : ٥٢/٦ .

(٢) البدائع : ٥٢/٦ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ٢٩/٧ ، المبسوط : ١٦٢/٢٠ ، تبين الحقائق : ٣٢/٥ ، الدر

المختار مع رد المختار : ٤٩٤/٤ .

ثالثاً- حق الرد بالعيب، وحكم الاستحقاق : فحق الرد بالعيب يثبت لطرفي عقد الصلح إن كان الصلح عن إقرار؛ لأنه بمنزلة البيع .

وإن كان عن إنكار يثبت حق الرد بالنسبة للمدعي ، ولا يثبت بالنسبة للمدعى عليه ؛ لأن هذا الصلح بمنزلة البيع بالنسبة للمدعي ، لا بالنسبة للمدعى عليه .

وتطبق هذه الأحكام إذا كان الصلح عن إقرار، واستحق بعض المصالح عنه ، فيرجع المدعى عليه على المدعي بحصة المستحق من العوض المصالح به ؛ لأن الصلح مع الإقرار كالبيع ، وهذا هو حكم الاستحقاق في البيع . وإذا كان الصلح عن إنكار أو سكوت فاستحق المتنازع فيه كله ، رجع المدعي بالخصومة على المستحق ، لقيامه مقام المدعى عليه ، ورد العوض المصالح به على من أخذه منه^(١) ؛ لأن المدعى عليه ما بذل العوض للمدعي إلا ليدفع خصومته عن نفسه ، فإذا ظهر الاستحقاق تبين أنه لا خصومه له ، فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه ، فيسترده . وإن استحق بعض المتنازع فيه ، رد حصته ، ورجع بالخصومة فيه على المستحق .

رابعاً- الرد بخيار الرؤية في نوعي الصلح : لأن الخيار ثبت للمدعي فيستدعي كون الصلح معاوضة عن حقه .

خامساً- إنه لا يجوز التصرف في بدل الصلح قبل القبض إذا كان منقولاً في نوعي الصلح ؛ فلا يجوز للمدعي بيعه وهبته ونحوهما . وإن كان عقاراً يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد : لا يجوز ، كما هو معروف في بحث عقد البيع .

ويجوز للمصالح في الصلح عن القصاص أن يبيع بدل الصلح أو يبرئ عنه قبل القبض ، كما يجوز البيع ونحوه في المهر والخلع ؛ لأن المانع من جواز التصرف في الشيء

(١) تكللة فتح القدير مع العناية ، المرجع السابق : ص ٢٩ ، المبسوط : ١٤٩/٢٠ وما بعدها ، تبين الحقائق :

٣٢/٥ ، ٣٤ ، الكتاب مع اللباب : ١٦٤/٢ .

قبل القبض : هو المحافظة على العقد من الانفساخ نتيجة هلاك الشيء ، واحتمال الفسخ لا يتأتى في الصلح عن القصاص ، لأنه مما لا يحتمل الفسخ ، فلا حاجة إلى القول بعدم جواز التصرف في بدل الصلح قبل القبض .

سادساً- إن الوكيل بالصلح يلتزم ببديل الصلح دون المدعى عليه إذا كان الصلح في معنى المعاوضة ، كما إذا تم الصلح على جنس آخر خلاف جنس حق المدعي ، لأنه يكون حينئذ جارياً مجرى البيع ، وحقوق البيع ترجع إلى الوكيل .

وإن كان الصلح في معنى استيفاء عين الحق ، كمن له على آخر ألف ليرة ، فصالحه على خمائة ، فيلتزم الوكيل ببديل الصلح إن ضمنه ، وإن لم يضمنه لم يلزمه ؛ لأنه يكون حينئذ سفيراً بمنزلة الرسول ، فلا ترجع إليه حقوق العقد . أما إن ضمنه لزمه بحكم الكفالة لا بحكم العقد . وقد سبق أن أشرنا إليه .

والخلاصة : أن الصلح كما قال الشافعية إذا كان عن إقرار وجرى على عين غير لدعاة ، فهو بيع بلفظ الصلح تثبت فيه أحكامه ، كالشفعة ، والرد بالعيب ، ومنع لتصرف قبل القبض ، واشتراط التقابض إن اتفق المصالح عنه والمصالح عليه في علة الربا^(١) .

المبحث الرابع - مبطلات عقد الصلح وحكمه بعد البطلان :

مبطلات الصلح : يبطل الصلح بأشياء هي ما يأتي^(٢) :

١- الإقالة في غير حالة الصلح على القصاص : فلو أقال أحد المتصلحين الآخر انفسخ الصلح ؛ لأن فيه معنى معاوضة المال بالمال ، فكان محتملاً للفسخ كالبيع ونحوه . أما القصاص : فالصلح فيه إسقاط محض لحق ولي الدم في استيفاء القصاص من القاتل ؛ لأنه عفو عن القاتل ، فلا يحتمل الفسخ كالطلاق ونحوه .

(١) معني المحتاج : ١٧٧/٢ ، المهذب : ٢٣٣/١ .

(٢) البدائع : ٥٤/٦ وما بعدها ، تبين الحقائق للزليعي : ٣٢/٥ ، الدر المختار مع رد المحتار : ٤٩٤/٤ .

٢- لحاق المرتد بدار الحرب أو موته على الردة عند أبي حنيفة : وهذا مبني على القاعدة المقررة عنده : وهي أن تصرفات المرتد موقوفة على العودة إلى الإسلام أو اللحاق بدار الحرب أو الموت ، فإن أسلم نفذت تصرفاته ، وإن لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه ، أو قتل أو مات على الردة بطلت تصرفاته .

وعند الصحابين : تعتبر تصرفات المرتد نافذة .

٣- الرد بخيار العيب أو الرؤية : لأن الرد يفسخ العقد .

٤- هلاك أحد المتعاقدين في الصلح على المنافع قبل انقضاء المدة : لأن في الصلح على المنفعة معنى الإجارة ، والإجارة تبطل بموت أحد العاقدين . وكذا يبطل الصلح إذا هلك ما وقع الصلح على منفعته .

حكم الصلح بعد بطلانه : إذا بطل الصلح يرجع المدعي إلى أصل دعواه إن كان الصلح عن إنكار . ويرجع المدعي على المدعى عليه بالمدعى به لا غيره إن كان الصلح عن إقرار؛ لأنه إذا بطل الصلح ، جعل كأن لم يكن ، فعاد الأمر على ما كان من قبل .

لكن في الصلح عن القصاص : يرجع المدعي على القاتل بالدية دون القصاص ، وفي الصلح عن المنفعة ، إذا بطل بموت أحد العاقدين ونحوه من المبطلات في أثناء المدة ، يرجع المدعي بالمدعى به ، بقدر ما لم يستوف من المنفعة إن كان الصلح عن إقرار . وإن كان عن إنكار رجع المدعي إلى أصل الدعوى في قدر ما لم يستوف من المنفعة^(١) .

الصلح عن التركة (التخارج) : يصح الصلح عن حصة الوارث في التركة ، وتطبق أحكام البيع ، ويسمى هذا الصلح مخارجة . والمخارجة : هي عقد يتصلح فيه

(١) البدائع : ٥٥/٦ وما بعدها ، المبسوط : ٢٤/٢١ ، تبين الحقائق : ٣٣/٥ ، الدر المختار ورد المحتار : ٤٩٥/٤ .

أحد الورثة على أن يخرج من التركة ، فلا يأخذ نصيبه ، نظير مال يأخذه من التركة ، أو من غيرها . ويختلف الحكم فيما إذا كانت التركة أشياء عينية ، أو أشياء نقدية . فإن كانت التركة أشياء عينية كعقار أو عروض تجارية ، صح الصلح مهما كان مقدار العوض قليلاً كان أو كثيراً ؛ لأنه يبيع ، وقد صالح عثمان امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهم على ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار .

أما إن كانت التركة نقداً ذهباً أو فضة ، فيصح الصلح مهما كان العوض إذا كان من جنس غير جنس مال التركة ، كإعطاء ذهب بفضة أو بالعكس ؛ لأنه يبيع الجنس بخلاف الجنس ، فلا يعتبر التساوي ، ولكن بشرط قبض العوضين في مجلس العقد ، لأنه عقد صرف .

وإن كانت التركة خليطاً من أشياء عينية ونقدية وهو الغالب فلا بد من أن يكون العوض أكثر من نصيبه في التركة ، حتى يتساوى نصيبه بثمنه ، وتغطي الزيادة الأشياء العينية الأخرى مثل العروض التجارية والعقارات ونحوها ، منعاً من الوقوع في الربا ، ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب أو الفضة ؛ لأن هذا عقد صرف في هذا القدر^(١) :

والخلاصة : أنه يشترط عند الحنفية كون التركة معلومة ، ولا يشترط أن يكون المتخارج بمقدار الحصة تماماً ؛ لأن هذا العقد يبيع ، والعلم بالمبيع شرط لإمكان التسليم ، ولا يلزم كون الثمن مساوياً لقيمة المبيع ، لكن يشترط أن يكون المتخارج عالماً بنصيبه من التركة خشية الغرر ، ويشترط أيضاً التقابض فيما هو عقد صرف ، لعدم الوقوع في الربا .

(١) اللباب شرح الكتاب : ١٧٠/٢ ، تكملة رد المحتار : ٢٠٥/٧ وما بعدها .

الفصل الرابع عشر

الإبراء

فيه ستة مباحث تشمل تعريف الإبراء ومشروعيته، وأركانها، وشروطه، ومحلها، وأنواعه، وحكمه.

المبحث الأول - تعريف الإبراء ومشروعيته: الإبراء لغة: التنزيه والتخليص والمباعدة عن الشيء. وفقهاً: هو إسقاط شخص حقاً له في ذمة آخر أو قبله، كإسقاط الدائن دينه الذي له في ذمة المدين. فإذا لم يكن الحق في ذمة شخص، كحق الشفعة، وحق السكنى الموصى به، فلا يعتبر التنازل عنه أو تركه إبراء، بل هو إسقاط محض، وعليه يكون كل إبراء إسقاطاً، وليس كل إسقاط إبراء.

والإبراء وإن تضمن معنى الإسقاط، ففيه معنى آخر وهو التملك وهو إسقاط من الدين، وتمليك للمدين. وقد رجح كل مذهب أحد المعنيين.

فالحنفية^(١) رجحوا معنى الإسقاط مع بقاء معنى التملك، ورتبوا عليه عدم صحة الإبراء عن الأعيان؛ لأنه إسقاط، وملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط، فلو أسقط أحد ملكيته عن شيء مملوك له، لا تسقط ويبقى ملكاً له، ولا يصح الإبراء عن المبيع؛ لأنه إسقاط، وإسقاط العين لا يصح، والإبراء عن العين المغصوبة لا يكون سبباً للملكها، وإنما يكون إبراء عن ضمانها، وتصير أمانة في يد الغاصب.

ولكن يصح إبراء الدين الثابت في الذمة كضمان قيمة المغصوب المتلف ، ويصح الإبراء عن الدعوى المتعلقة بالأعيان . ولا يصح إقالة الإبراء عن الدين ولا إقالة السلم ؛ لأن الإبراء يسقط الدين من الذمة ، والساقط لا يعود ؛ لأنه معدوم ، والمسلم فيه دين سقط . ويعد الإبراء من الدين تبرعاً ؛ لأن فيه معنى التليك ، وإن كان في صورة إسقاط .

والراجع عند المالكية كما أبان الدسوقي^(١) أن الإبراء نقل للملك فيكون من قبيل الهبة ، فيحتاج لقبول .

والجديد عند الشافعية^(٢) : أن الإبراء تمليك المدين ما في ذمته ، فيشترط علم الطرفين به إن كان في ضمن معاوضة كخلع ، وإلا فيكفي علم المبرئ فقط ، والإبراء من المجهول باطل . وقال بعض الشافعية : الأصح أن الإبراء إسقاط .

والراجع عند الحنابلة^(٣) أن الإبراء إسقاط ، ولا مانع يمنع الإنسان من إسقاط بعض حقه أو هبته ، فقد كالم النبي ﷺ غرماء جابر ليضعوا عنه .

مشروعية الإبراء : الإبراء في الحكم الغالب له مندوب ، قال الخطيب الشربيني : الإبراء مطلوب ، فوسَّع فيه بخلاف الضمان (أي الكفالة) ؛ لأنه نوع من الإحسان والبر والصلة ، لتضمنه إسقاط الحق عن المدين ، ولو لم يكن معسراً ، قال تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ ، فَنَنْظِرْهُ إِلَىٰ مِيسْرَةٍ ، وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ .

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٩٩/٤ ، الفروق : ١١١/٢ .

(٢) المحلى على المنهاج مع حاشية القليوبي وعميرة : ٣٢٦/٢ وما بعدها ، معني المحتاج : ٢٠٢/٢ ، أشباه السيوطي : ص ١٥٢ .

(٣) كشف القناع : ٣٧٩/٣ ، ٣٨٥ ، ٣٢٦/٤ ، المعنى : ٤٨٣/٤ .

المبحث الثاني - ركن الإبراء :

ركن الإبراء عند الحنفية : هو الإيجاب فقط الصادر من صاحب الحق المبرئ ، الدال دلالة واضحة على ترك حقه والتنازل عنه . باعتبار أن الركن هو جزء الشيء الذي لا يتحقق بدونه . أما بقية عناصر الإبراء من متعاقدين ومحل فهي أطراف العقد ، وليست ركناً .

أما الجمهور فقالوا : للإبراء أركان أربعة : صاحب الحق المبرئ ، والمدين (المبرأ) ، والصيغة ، والمبرأ منه (محل الإبراء من دين أو عين أو حق) ، باعتبار أن الركن : هو كل ما يتوقف عليه وجود الشيء ، سواء أكان جزءاً داخلياً فيه وهو الإيجاب وحده ، أو الإيجاب والقبول معاً ، أم خارجاً عنه كالأطراف والمحل .

هل يحتاج الإبراء إلى قبول ؟

يرى الجمهور غير المالكية^(١) : أن الإبراء لا يحتاج إلى قبول ، فينعقد بمجرد الإيجاب ؛ لأنه عند الحنفية والحنابلة إسقاط ، والإسقاطات كالطلاق والعق لا تحتاج إلى قبول ، سواء أكان التعبير بلفظ الإبراء أم بلفظ هبة الدين للمدين ، وطالب بعض الحنفية بالقبول في هبة الدين للمدين ، والمشهور هو الأول .

وبالرغم من أن الراجح لدى الشافعية أن الإبراء تمليك المدين ما في ذمته كما بينا ، فلا يحتاج إلى القبول ؛ لأن المقصود منه الإسقاط .

ومثال الإيجاب : أن يقول : أبرأتك من ديني ، أو أحللتك منه ، أو أسقطته عنك ، أو ملكتك إياه ، أو تركته لك ، ونحو ذلك . نصت المادة ١٥٦١ مجلة : « إذا قال أحد : ليس لي مع فلان نزاع ولا دعوى ، أو ليس لي عند فلان حق ، أو فرغت

(١) المراجع السابقة .

من دعواي التي هي مع فلان ، أو تركتها ، أو ما بقي لي عنده ، أو استوفيت حقي من فلان بالتام ، يكون قد أبرأه .» .

ويرى المالكية على الراجح : أن الإبراء يحتاج إلى قبول ؛ لأنه نقل للملك ، كالهبة فلا بد من القبول في هبة الدين ، لمن هو عليه ؛ لأنه إبراء .

ويكون القبول في مجلس العقد بالاتفاق ، إلا أن الشافعية^(١) اشترطوا القبول لفظاً فوراً فيما لو وكله في إبراء نفسه ، ولو من الحاكم . وظاهر المذهب المالكي جواز تأخير القبول عن الإيجاب ، وعبارتهم : من سكت عن قبول صدقته زماناً ، فله قبولها بعدئذ .

واستثنى الحنفية من عدم توقف الإبراء على القبول : الإبراء عن بدلي الصرف ، وعن رأس مال السلم ، فيتوقف فيها الإبراء على القبول ؛ لأن الإبراء يؤدي إلى تفويت القبض المستحق ، وفواته يوجب بطلان العقد ، ونقض العقد لا ينفرد به أحد العاقدين ، بل لا بد من قبول الطرف الآخر ، فإن قبله برئ ، وإن لم يقبله لم يبرأ ، وإذا تم الإبراء مع القبول انفسخ عقد الصرف والسلم ، لعدم تحقق القبض المشروط لصحة كل منها .

أما الإبراء عن المسلم فيه أو عن ثمن المبيع ، فيجوز من غير قبول ؛ لأن قبض المسلم فيه أو الثمن ليس بشرط ، والإبراء عن دين لا يجب قبضه شرعاً إسقاطاً لحق المبرئ لا غير ، فيملك الإبراء من نفسه فقط^(٢) .

رد الإبراء :

ذهب الشافعية في الراجح والحنابلة : إلى أن الإبراء يتم بالإيجاب دون حاجة إلى

(١) حاشية القليوبي : ٣٤٠/٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ص ١٥٢ .

(٢) البدائع : ٢٠٣/٥ .

قبول ، ولا يرتد بالرد من المدين ؛ لأنه إسقاط عند الخنابلة ، كإسقاط القصاص والشفعة ، والمقصود منه الإسقاط عند الشافعية ، فيصح الإبراء من الدين ولو رده المدين .

وذهب الحنفية والمالكية : إلى أن الإبراء يرتد بالرد ، في المجلس أو بعده ، ما دام لم يحدث منه قبول صريح قبل رده ؛ لأن الإبراء عند المالكية يفتقر إلى القبول ، ولأن فيه معنى التملك . ولمراعاة معنى التملك عند الحنفية وإن كان إسقاطاً^(١) ، فنظراً لما فيه من معنى التملك فإنه يرتد بالرد .

والرد المعتبر : هو ما يصدر من المبرأ ، أو من وارثه بعد موته . واستثنى الحنفية مسائل أربعة لا يرتد فيها الإبراء بالرد وهي^(٢) :

١ و ٢- الإبراء في الحوالة ، والكفالة على الراجح ؛ لأن الإبراء فيها إسقاط محض ، ليس فيه تملك مال ، والإسقاط المحض لا يحتمل الرد ، لانعدام الساقط وتلاشيه ، فلو أبرأ المحال المحال عليه فرده لا يرتد ، ولو أبرأ الدائن الكفيل فرده لا يرتد .

٣- إذا تقدم من المبرأ على الإبراء طلب بأن قال للمبرئ : أبرئني ، فأبرأه ، فردّ ، لا يرتد .

٤- إذا سبق للمبرأ أن قبل الإبراء ، فإذا رده بعدئذ لا يرتد . أما المجلة العدلية فقد نصت في المادة ١٥٦٨ على ما يلي بالنسبة للقبول والرد أخذاً برأي الحنفية : « 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

(١) العناية بهامش تكملة فتح القدير : ٤٤/٧ ، الفتاوى الهندية : ٣٦٥/٤ ، ٣٨٤ ، الدر المختار ورد المختار : ٥٤٤/٤ ،

الأشباه والنظائر للسيوطي : ص ١٥٢ ، كشاف القناع : ٣٣٦/٤ ، حاشية الدسوقي : ٩٩/٤ .

(٢) رد المختار على الدر المختار : ٥٤٤/٤ .

الإبراء مردوداً، يعني لا يبقى له حكم، لكن لو رده 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» .

المبحث الثالث - شروط الإبراء :

هناك شروط في المبرئ، وشروط في المبرأ، وشروط في صيغة الإبراء، وشروط في المبرأ منه (محل الإبراء) .

أولاً- شروط المبرئ : يشترط في المبرئ ما يلي^(١) :

١- أن يكون من أهل التبرع، أي عاقلاً بالغاً رشيداً غير محجور لسفه أو لدين؛ لأن الإبراء تبرع من الدائن؛ إذ لا يقابله عوض من المدين . وشرط عدم الحجر لدين عند الحنفية على المفتى به من رأي صاحبين مجواز الحجر على المدين هو شرط نفاذ، فإبراء المحجور عليه بسبب الدين صحيح موقوف على إجازة الدائنين، حفاظاً على حقوقهم .

٢- أن يكون ذا ولاية على الحق المبرأ منه : بأن يكون مالكا له، أو موكلأ بالإبراء منه، أو وصياً على الدائن . وإجازة اللاحقة عند من يجيز تصرف الفضولي لها حكم الوكالة السابقة .

والعبرة عند الحنفية والحنابلة في ولاية المبرئ بالواقع لا في الظن، فلو أبرأ عن شيء من مال أبيه ظاناً أنه حي، فتبين حين الإبراء أنه ميت، صح الإبراء؛ لأنه إسقاط ولأن الشيء المبرأ منه كان مملوكاً له في الواقع، كبيع مال مورثه الميت مع ظن الحياة . وإذا اعتبر الإبراء تملكاً كما يرى الشافعية في الأصح، لم يصح هذا الإبراء .

(١) الدر المختار : ٥٣١/٤ ، تكلية ابن عابدين : ٣٢٨/٢ ، الفتاوى الهندية : ٣٥٥/٤ ، مرشد الحيران : م ١٨٤ ، ١٨٥ ، ١٩٧ ، ١٩٨ ، الشرح الكبير : ٩٨/٤ ، القليوبي وعميرة : ٣٢٦/٢ ، و ١٥٩/٣ ، ١٦٢ ، كشاف القناع : ٣٢٩/٤ ، ٣٣٦ ، مغني المحتاج : ٢٠٢/٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ص ١٥٢ .

٢- الرضا : يشترط الرضا والاختيار من المبرئ ، فلا يصح إبراء المكره .

التوكيل بالإبراء : يصح التوكيل بالإبراء ، بشرط وجود إذن خاص به ، ولا يكفي له الإذن بعقدا . ولا يجوز عند الحنفية للوكيل المأذون بالإبراء توكيل غيره .

ويكفي عند الشافعية^(١) في صحة الوكالة بالإبراء : علم الموكل بقدر الدين ، وإن جهله الوكيل والمديون . ولا يصح عندهم بناء على أن الإبراء تمليك توكيل المدين ليبرئ نفسه ، كما لو وكله لبيع من نفسه ، وأما بناء على القول الثاني وهو أن الإبراء إسقاط فيصح توكيل المدين ليبرئ نفسه .

الإبراء في مرض الموت : يتفرع عن الشرط الأول ألا يكون المبرئ مريضاً مرض الموت : فإن أبرأ المريض وارثاً ، توقف الإبراء على إجازة الورثة ، ولو كان الدين أقل من الثلث . وإن أبرأ أجنبياً ، والدين يجاوز ثلث التركة ، توقف الإبراء في الزائد عن الثلث على إجازة الورثة ؛ لأن الإبراء تبرع له حكم الوصية . وإن أبرأ المريض أحد المدينين ، وكانت التركة مستغرقة بالمديون ، لم ينفذ إبرأؤه ، لتعلق حق الغرماء^(٢) .

ثانياً- شروط المبرأ :

يشترط باتفاق الفقهاء على المذهب لدى الحنابلة^(٣) في الطرف المبرأ أن يكون معلوماً معيناً ، غير مجهول ، ولا مبهم ، فلو أبرأ أحد غريميه (مدينيه) ، فقال لهما :

(١) مغني المحتاج : ٢٢٢/٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ص ١٥٢ .

(٢) الفتاوى الهندية : ٣٨٢/٤ ، العناية بهامش فتح القدير : ٢٨١/٦ ، فتح القدير : ٢٣/٧ ، القليوبي وعميرة : ١٥٩/٣ ، ١٦٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ص ١٥٢ ، المجلة العدلية : م ١٥٧٠ ، ١٥٧١ ، الشرح الكبير : ٩٨/٤ .

(٣) جامع الفصولين : ١٢٥/١ ، ط الأزهرية سنة ١٣٠٠ هـ ، الخريشي : ٩٩/٦ ، ط صادر ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ص ١٥٢ ، كشاف القناع : ٣٣٧/٤ .

أبرأت أحداً ، فلا يصح . وكذا لو قال : أبرأت كل مدين لي ، أو كل مدين لمورثي ، لا يصح كما أن الإقرار ببراءة كل مدين له ، لا يصح ، إلا إذا قصد مديناً معيناً أو أناساً محصورين . فإذا قال : أبرأت هؤلاء المدينين لي ، صح .

وعلل الشافعية عدم صحة الإبراء مع جهالة المدين المبرأ بأن الإبراء فيه معنى التملك ، ولا يصح تملك المجهول ، والإبراء تملك من المبرئ ، إسقاط عن المبرأ عنه ، فيشترط علم الأول دون الثاني .

وقد نصت المجلة (م ١٥٦٧) على هذا الشرط : يلزم أن يكون المبرأون معلومين ومعينين ، بناء عليه ، لو قال أحد : أبرأت كافة مديوني ، أو ليس لي عند أحد حق ، لا يصح إبراءه . وأما لو قال : أبرأت أهالي المحلة الفلانية ، وكان أهل تلك المحلة معينين ، وعبارة عن أشخاص معدودين ، فيصح الإبراء .

ويصح إبراء المبرأ ، سواء أكان مقراً بالحق أم منكرأ له ، بل ولو حلف المنكر ؛ لأن الإبراء عند الجمهور غير المالكية ينعقد بمجرد الإيجاب ، ولا يفتقر إلى القبول ، ولا حاجة فيه إلى تصديق الغريم .

ثالثاً - شروط المبرأ منه (محل الإبراء) :

يشترط في المحل المبرأ منه ما يلي ^(١) :

أ - أن يكون عند الشافعية في الجديد معلوماً : فلا يصح الإبراء من المجهول ؛ وهو ما لا تسهل معرفته ، ويكون الإبراء من المجهول جنساً أو قدراً أو صفة باطلاً ؛ لأن الإبراء تملك وهو يتوقف على الرضا ، ولا يعقل الرضا مع الجهالة . ولو أبرأه من الدراهم التي عليه ، ولا يعلم قدرها ، برئ من ثلاثة ؛ لأنها أقل الجمع على المعتمد .

(١) تكله ابن عابدين : ١٨٢/٢ - ١٨٣ ، الشرح الكبير مع السوق : ٤١١/٣ ، مغني المحتاج : ٢٠٢/٢ وما بعدها ، القليوبي : ٢٢٦/٢ وما بعدها ، كشاف القناع : ٣٣٦/٤ .

لكنهم قالوا : طريق الإبراء من المجهول : أنه يذكر عدداً يتحقق أنه يزيد على قدر الدين ، كمن لا يعلم ، هل له عليه خمسة أو عشرة ، فيبرئه من خمسة عشر مثلاً .
واستثنوا من بطلان الإبراء من المجهول : الإبراء من إيل الدية فيصح الإبراء منها ، وإن كانت مجهولة الصفة ؛ لأنها معلومة السن والعدد ، فيرجع في صفتها إلى غالب إيل البلد .

واستثنوا أيضاً : ما لو أبرأه بعد موته ، فيصح مع الجهل ؛ لأنه وصية .

ولم يشترط الجمهور (الحنفية والمالكية والحنابلة) هذا الشرط ، وأجازوا الإبراء من المجهول قدرأً ووصفاً ، ولو لم يتعذر علمه ؛ لأنه إسقاط حق أو إسقاط محض كالإعتاق والطلاق ، فينفذ مع العلم والجهل ، فلو أبرأه من أحد الدينين صح الإبراء ، لكن قال الحنابلة : لو كتم المدين الدين عن الدائن خوفاً من أن الدائن لو علم الدين ، لم يبرئه ، وجهله رب الدين ، لم تصح البراءة عنه ؛ لأن فيه تغريراً للمبرئ ، وقد أمكن التحرز عنه .

٢- ألا يكون المبرأ منه عيناً من الأعيان : لأن العين لا تثبت في الذمة ، والإبراء إسقاط ، والذي يقبل الإسقاط : ما يشغل الذمم من الحقوق ، فيكون الإبراء من الأعيان باطلاً ، فلو غصب إنسان كتاباً ، لم يصح الإبراء منه .

ويصح الإبراء من الديون ، ولو كان الدين من الأعيان كالدية من الإبل مثلاً .

ويصح الإبراء من الحقوق ، كالإبراء عن حق الدعوى ، وإبراء الدائن الكفيل من الكفالة ، والحال عليه من الحوالة ، إذ البراءة فيها عن حق الكفالة أو الحوالة .

٣- أن يكون المبرأ منه موجوداً عند الإبراء : فيبطل الإبراء من الحق قبل وجوده ، كأن تبرئ شخصاً مما سيقرضه لك ، أو مما سيجب له . وبناء عليه لم يجز الحنفية إبراء الزوجة زوجها من نفقة مستقبله ، ولا من نفقة العدة قبل أن يطلقها ؛ لأن الإبراء إسقاط ، وما سيوجد ساقط فعلاً ، فلا يقبل إسقاطاً .

واستدل الفقهاء لعدم صحة الإبراء من الدين قبل وجوبه ، بقوله ﷺ : « لا طلاق إلا فيما تملك ، ولا عتق إلا فيما تملك »^(١) والإبراء في معناهما .

رابعاً - شروط صيغة الإبراء : يشترط في صيغة الإبراء وذاته أربعة شروط هي ما يلي^(٢) :

أ - أن يكون منجزاً غير معلق بشرط ولا مضاف للمستقبل^(٣) : وهذا شرط عند الجمهور غير المالكية . فالتنجيز شرط كأن يقول الدائن لمدينه : أبرأتك من ديني ؛ لأن في الإبراء معنى التملك ، والتليكات لا تقبل التعليق .

والتعليق على شرط : إن كان على شرط موجود بالفعل ، فهو في حكم المنجز . وإن كان على شرط ملائم ، مثل : إن كان لي عليك دين ، أو إن مت ، فأنت بريء ، فهو جائز اتفاقاً ، بدليل قول أبي اليسر الصحابي لغريمه : « إن وجدت قضاء فاقض ، وإلا فأنت في حل » ولم ينكر ذلك عليه . ومنه قول الحنفية في الإبراء من الكفالة أو الحوالة : إذا قال الدائن للكفيل : إن وافيتي بالدين غداً ، فأنت بريء من الكفالة ، فإن وافاه في الغد برأ منها .

وإن علق على الموت ، صح في رأي الحنفية والحنابلة ؛ لأنه يكون حينئذ في معنى الوصية ، والوصية بالبراءة من الدين جائزة .

(١) حديث حسن رواه أبو داود والحاكم بلفظ « لا طلاق إلا فيما يملك ، ولا عتق إلا فيما يملك » ورواه ابن ماجه عن المسور بلفظ « لا طلاق قبل النكاح ، ولا عتاق قبل ملك » .

(٢) تكتلة فتح القدير : ٤١٧/٤ ، ٤٤ وما بعدها ، الدر المختار : ١٧٦/٤ ، تكتلة ابن عابدين : ٣٣٠/٢ ، الفتاوى الهندية : ٣٧٨/٤ ، ٣٨٤ ، البدائع : ٤٥/٦ ، ٥٠ ، ١١٨ ، الدسوقي : ٣٠٧/٢ ، و ٨٩/٤ ، ٩٩ ، ١٠٠ ، فتح العلي المالك : ٢٢٩/١ ، ٢٢٢ ، ٢٣٥ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ص ١٥٢ ، المجموع : ١٠٠/١٠ ، القليوبي : ٢٩٢/٢ ، ٤٥/٣ ، ٨٢ ، ٣١٠ ، ٣٦٨/٤ ، كشاف القناع : ٣٠٥/٣ ، ٣٣٧/٤ ، المغني : ٤٨٢/٤ ، وما بعدها ، و ٥٦٤/٥ ، مغني المحتاج : ٦٦/٢ .

(٣) التعليق : ربط وجود الشيء بوجود غيره ، فهو مانع لانقضاء العقد . والتقييد : لا يمنع الانقضاء ، بل هو لتعديل آثار العقد الأصلية . والإضافة : لتأخير بدء الحكم في زمن مستقبل .

وإن علق الإبراء على الشرط المتعارف، لم يجز في مذهب الحنفية، وجاز عند بعض الحنفية .

أما إن كان التعليق على غير ما ذكر فلا يجوز عند الجمهور، لما في الإبراء من معنى التمليك، والتليكات لا تقبل التعليق، والتعليق مشروع في الإسقاطات المحضة .

وأجاز المالكية تعليق الإبراء مطلقاً، لما فيه من معنى الإسقاط .

وأما التقييد بالشرط : فيجوز تقييد الإبراء بشرط صحيح باتفاق المذاهب الأربعة، ولا يصح التقييد بشرط غير صحيح، فإذا أبرأه على أنه بالخيار، صح الإبراء وبطل الشرط، وإذا أبرأه عن كل حق له عليه، شمل حق الخيار، لكن بالنسبة لسقوط الخيار، يصح الإبراء ويبطل الشرط؛ لأن الإبراء دون الهبة في كونه تمليكاً .

وأما إضافة الإبراء إلى المستقبل ولو إلى وقت معلوم غير الموت، فلا يصح؛ لأن الأصل في الإبراء هو التنجيز، ولأن الإبراء فيه معنى التمليك، والتمليك لا يحتمل الإضافة للوقت .

وأما الإبراء بشرط أداء البعض :

أ- فإن صدر مطلقاً عن الشرط : كأن يعترف له بدين في ذمته، فيقول الدائن : قد أبرأتك من نصفه أو ثلثه، فأعطني الباقي، فالإبراء صحيح اتفاقاً؛ لأنه منجز غير معلق ولا مقيد بشرط، والمبرئ متطوع بإسقاط بعض حقه بطيب من نفسه، وقد صح أن النبي ﷺ قال لكعب : « ضع الشطر من دينك »^(١) .

ب- وإن كان الإبراء فيه معلقاً على أداء الباقي، لم يجز عند الجمهور، وجاز عند المالكية، كما بينا في حكم التعليق .

(١) رواه البخاري ومسلم عن زياد بن أبي خنزة .

ج- وإن كان الإبراء فيه مقيداً بشرط أداء الباقي ، مثل أن يقول من له على آخر ألف : أبرأتك عن خمسمائة ، بشرط أن تعطيني ما بقي ، جاز عند الحنفية والمالكية والشافعية ؛ لأنه استيفاء البعض ، وإبراء عن الباقي .

واشترط الشافعية الجمع بين لفظي الإبراء والصلح ، ليكون من أنواع الصلح ، لكن لا يحتاج لقبول ، نظراً للفظ الإبراء .

ولا يصح الإبراء المقيد بشرط أداء البعض عند الحنابلة ؛ لأنه إبراء عن بعض الحق في مقابل بقيته ، فكأنه عاوض بعض حقه ببعض .

هذا إذا كان الشرط أداء الباقي ، أما إن أبرأه عن البعض بشرط تعجيل الباقي ، لم يجز كما أبان الشافعية ؛ لأنه يشبه ربا الجاهلية . فإن عجل المدين وفاء بعض الدين بغير شرط ، فأخذه منه الدائن ، وأبرأه مما بقي ، فإنه يصح .

٢- ألا يتنافى مع الشرع : كالإبراء من شرط التقايبض في الصرف ، والإبراء من حق السكنى في بيت العدة ، والإبراء من حق الولاية على الصغيرين ، فلا يصح ؛ لأن كل ما يؤدي إلى تغيير المشروع باطل ، ولا يستطيع أحد تغيير حكم الله تعالى .

ويشترط أيضاً ألا يؤدي الإبراء إلى ضياع حق الغير ، كالإبراء الصادر من الأم المطلقة عن حق الحضانة ، لأنه حق للصغير وللجاذنة .

٣- أن يكون للمبرئ ملك سابق في الحق المبرأ منه : لأنه لا يصح تصرف الإنسان في ملك غيره دون إنابة منه ، أو فضالة عنه عند من يصح تصرف الفضولي . وهذا شرط متفق عليه ؛ لأن تصرف الفضولي جائز عند القائلين به في حالة الظهور بمظهر المالك ، وإلا كان من بيع ما لا يملك ، وهو منهي عنه .

أما الإبراء بعد سقوط الحق أو وفائه : أي بعد قضاء الدين ، فهو صحيح عند الحنفية ؛ لأن الساقط بقضائه هو المطالبة ، لأصل الدين ، فتسقط مطالبة كل من طرفي الدين للآخر ، لانشغال ذمة كل منهما بدين الآخر ، وأما الدينان فيتساقطان

بطريق المقاصة؛ لأن الديون تقضى بأمثالها. فإذا أبرأ الدائن المدين بعد وفاء الدين، كان للمدين الرجوع بما أداه، إذا أبرأه براءة إسقاط، أما إذا أبرأه براءة استيفاء فلا رجوع. ويعرف نوع البراءة عند الإطلاق بالعرف. وعليه لو تبرع إنسان بقضاء دين لآخر، ثم أبرأ الدائن المدين على وجه الإسقاط، فلمتبرع أن يرجع على المبرئ بما تبرع به. هذا رأي الحنفية، ووافقهم الحنابلة فيه^(١).

٤- أن يقع الإبراء بعد وجوب الحق المبرأ منه أو وجود سببه: لأن الإبراء إسقاط ما في الذمة، ويكون بعد انشغالها. وقد اتفق الفقهاء على عدم صحة الإبراء قبل وجود السبب، إذ لا معنى لإسقاط ما هو ساقط فعلاً، ويكون الإبراء مجرد وعد، وهو غير ملزم.

أما بعد وجود السبب ففيه خلاف: أما الجمهور غير المالكية فاشتروا كون الإبراء من الدين بعد وجود السبب، فلا يصح الإبراء قبله، للحديث المتقدم: «لا طلاق ولا عتاق فيما لا يملك» والإبراء في معناها.

والأمثلة عند الحنفية: الإبراء عن نفقة الزوجية قبل القضاء بتقديرها، والإبراء عن ثمن ما تشتريه مني غداً، فلا يصح الإبراء في الحاليتين، لأنه قبل وجود السبب.

ومثل الشافعية بإبراء المفوضة^(٢) عن مهرها قبل التقدير والدخول، والإبراء عن المتعة قبل الطلاق، لعدم الوجوب. واستثنوا صورة يصح فيها الإبراء قبل الوجوب: وهي مالو حفر بئراً في ملك غيره بلا إذن، وأبرأه المالك من ذلك التصرف أو رضي ببقاء البئر، فإن حافرها يبرأ مما يقع فيها. ولو أبرأ المشتري البائع عن ضمان المبيع إذا تلف قبل القبض، لم يبرأ في الأظهر؛ لأنه أبرأ عما لم يجب.

(١) القواعد لابن رجب: ص ١٢٠.

(٢) المرأة المفوضة: هي التي مات عنها زوجها قبل أن يدخل بها ولم يكن لها صداق مفروض.

أما المالكية فاختلّفوا على قولين في صحة الإبراء قبل وجود السبب، وهو التصرف الذي ينشأ به الحق المبرأ منه، مثل إسقاط المرأة عن زوجها نفقة المستقبل، والقول الراجح أنه يلزمها ذلك أي يصح ابرؤها. ومثل: إسقاط الشفيع شفيعته قبل الشراء، في لزومه قولان.

ومثل: عفو المجرّح عما يؤول إليه الجرح، وكإجازة الوارث الوصية للوارث أو بأكثر من الثلث للأجنبي في مرض الموصي، ونحوهما، فيه قولان.

المبحث الرابع - محل الإبراء :

محل الإبراء : إما الأعيان وإما الديون ، وإما الحقوق^(١) :

أما الإبراء عن الأعيان : فقد يكون عن دعوى العين أو عن العين نفسها .

أما الإبراء عن دعوى العين فيشمله الكلام الآتي عن الإبراء عن الحقوق . وهو صحيح بالاتفاق ؛ لأنه إسقاط لحق .

وأما الإبراء عن العين نفسها بمعنى إسقاط ملكية الأعيان فهو غير صحيح اتفاقاً ؛ لأن الأعيان - كما بينا في شروط محل الإبراء - لا تقبل الإسقاط ، فلا يترتب على الإبراء عنها بذاتها أي أثر ، فلا يملكها المبرأ ، بل تظل في يد واضع اليد عليها مملوكة له ، فالإبراء عن الأعيان بمعنى تملكها لمن هي في يده لا يصح ، ويحق لمن ظفر بها أن يأخذها .

وإذا أطلق هذا التعبير أي البراءة عن العين كان المراد منه عند الحنفية والشافعية والحنابلة سقوط حق الادعاء بها بعد الإبراء . وفي بعض كتب الحنفية : يبقى له حق الادعاء بها .

(١) تكلّة ابن عابدين : ١٨٢/٢ وما بعدها ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ٤٩٥/٤ ، الدسوقي : ٤١١/٣ ، القليوبي وعميرة : ٢٢٧/٢ ، القواعد لابن رجب : ص ١١٩ وما بعدها .

وعند المالكية : يراد بها سقوط الطلب بقيمة العين إذا فوتها المبرأ ، وسقوط
الطلب برفع اليد عنها إن كانت قائمة .

وهناك أثر آخر عند الحنفية للإبراء عن العين نفسها إذا كانت مضمونة كالدار
المغصوبة : وهو سقوط ضمانها ، سواء أكانت قائمة أم هالكة ، فتصير العين بعد الإبراء
عنها أمانة كالوديعة في يد الغاصب . فإذا كانت العين قائمة كان الإبراء عنها إبراء عن
ضمانها لو هلكت ، فتصبح كالأمانة لا تضمن إلا بالتعدي عليها . وإذا كانت العين
هالكة ، كان الإبراء عنها إبراء عن قيمتها .

وأما الإبراء عن أعيان هي أمانة فلا محل له ، ولا وجه للإبراء عنها ، إذ لم تلحقه
عهدتها ، فلا يجوز للقاضي أن يسمع دعواه بها بعد البراءة ، فتصح البراءة قضاء ، لكن
لا تعتبر ديانة بمعنى أنه إذا ظفر بها صاحبها أخذها .

وأما الإبراء عن الديون الثابتة في الذمم : فهو صحيح بالاتفاق ؛ لأن مدار
الإبراء هو إسقاط ما في الذمم .

وأما الإبراء عن الحقوق :

أ- فإن كان عن الحقوق الخالصة للعبد كالكفالة والحوالة فهو صحيح اتفاقاً .

ب- وإن كان عن الحقوق الخالصة لله عز وجل كحد الزنا ، وحد القذف وحد
السرقه بعد الرفع للحاكم عند الحنفية والمالكية ، فلا يصح الإبراء عنها .

ج- وإن كان عن الحقوق التي يغلب فيها حق العبد كالتعزير والقصاص
والدية وحق القسم بين الزوجات وحق الانتفاع وحق الفسخ بخيار العيب وغرامة
تلف المال ، ونحوها من الحقوق الشخصية التي تثبت في الذمم ، فيصح الإبراء عنه .
ويجوز الإبراء عن دين المدين بعد وفاته بالاتفاق ، وهل يرتد بالرد من الوارث ؟
فيه خلاف عند الحنفية .

ولا يصح عند الحنفية الإبراء عن الحقوق التي لا تقبل الإسقاط ، كحق الرجوع في الهبة ، والرجوع في الوصية ؛ لأن في جوازه تغييراً للمشروع ، وهو غير جائز خلافاً للجمهور في رجوع الهبة .

ولا يصح أيضاً الإبراء من خيار رؤية المبيع ، ولا من حق الاستحقاق في الوقف ، وحق الإرث .

ونبحث على التخصيص بعض أحكام الإبراء عن بعض الحقوق لاختصاصها بأحكام خاصة :

١- الإبراء من نفقة الزوجة :

لا يصح بالاتفاق الإبراء من نفقة الزوجة حتى تصبح ديناً قائماً في ذمة زوجها ، أما قبل شغل ذمة الزوج بها ، فلا يصح إبراء الزوج عنها ؛ لأن الإبراء لا يكون إلا من دين قائم موجود .

لكن لا تصبح النفقة المستحقة ديناً واجباً عند الحنفية إلا إذا كانت مفروضة بالقضاء أو التراضي عليها . ويصح الإبراء عن النفقة المتجمدة التي سبق فرضها ، ويصح الإبراء عن نفقة الشهر بدخول الشهر إذا كانت مفروضة مشاهرة ، وعن السنة في بداية السنة إذا فرضت مسانحة ، وعن اليوم الأول إن فرضت مياومة .

٢- المبارأة بين الزوجين :

تكون المبارأة بين الزوجين لفسخ الزواج ، وإسقاط الحقوق المترتبة عليه ، ويترتب عليها عند الحنفية بينونة الزوجة بطلقة بائنة ، كالخلع ، مثل أن يقول الزوج لزوجته : بارأئك على ألف دينار ، فتقول له : قبلت ، أو نحوه ، والمعنى : خالعتك من الزواج على ألف ، وعليها دفع عوض المبارأة .

٣- الإبراء عن حق الدعوى :

الإبراء عن الدعوى إما عام أو خاص :

الإبراء عن الدعوى إبراء عاماً يسقط الحق في المحاصمة لا يجوز اتفاقاً ؛ لأنه يتناول الموجود وما لم يوجد ، والإبراء عما لم يوجد سبب وجوبه باطل . لكن الإبراء العام عن جميع الدعاوى السابقة بين شخصين صحيح ، كأن يقول شخص : أبرأت فلاناً من جميع الدعاوى ، أو ليس لي عنده حق أبداً^(١) .

والإبراء الخاص عن دعوى معينة صحيح اتفاقاً ، ولا تسمع دعواه بعدئذ عن موضوع تلك الدعوى^(٢) .

وقد يحصل الإبراء ضمناً أو تبعاً ، وهو الإبراء عن العين ، يكون عند الحنفية إبراء عن ضمانها أو دعواها ، كما بينا .

المبحث الخامس - أنواع الإبراء :

لإبراء الإسقاط تقسيماً باعتبارات متعددة ، فقد ينقسم بحسب الشمول وعدمه إلى خاص و عام ، وقد ينقسم بحسب الزمن إلى ماضٍ ومستقبل ، وقد ينقسم بحسب صيغته إلى إبراء إسقاط وإبراء استيفاء .

التقسيم الأول - الإبراء من حيث الشمول وعدمه :

الإبراء نوعان : عام وخاص^(٣) .

أما العام : فهو الإبراء عن كل عين ودين وحق لشخص عند آخر . ويشمل كما بين

(١) المجلة : م ١٥٦٥ .

(٢) المجلة : م ١٥٦٤ .

(٣) الدر المختار ورد المختار : ٤٩٥/٤ .

الحنفية البراءة عن كل حق ، ولو غير مالي كالكفالة بالنفس والقصاص وحد القذف ، والبراءة عما هو بدل مالي كالثمن والأجرة ، وبدل غير مالي كالمهر وأرش الجنائية ، وما هو مضمون كالمغصوب ، أو أمانة كالوديعة والعارية .

وأما الإبراء الخاص : فهو ما يتناول حقاً معيناً ، وحكمه أنه يختص بمحله ، فإذا أبرأ عن دين خاص برئ عنه ، أو عن دين عام كالإبراء عما لشخص عند آخر ، برئ أيضاً . وإذا أبرأ عن دار أو عين أو أمانة برئ .

التقسيم الثاني - الإبراء من حيث الزمن والأشخاص :

يقتصر أثر الإبراء على ما سبق تاريخه ، فلا يشمل ما بعده من ديون أو حقوق ، للاتفاق على اشتراط وجود سبب سابق لصحة الإبراء ، جاء في فتاوى قاضيخان : « البراءة السابقة لا تعمل في الدين اللاحق » .

وأما أثر الإبراء على غير المبرأ ، كإبراء البائع المشتري من بعض الثمن ، فرأى أبو حنيفة ومالك أن الشفيع يستفيد من الإبراء ، فيسقط عنه مقدار ما حطه البائع عن المشتري ، ويلتحق حط البعض بأصل العقد .

ورأى الحنابلة والشافعية أن الإبراء يصح ، ولا يستفيد منه سوى المشتري ، أما الشفيع فيدفع الثمن كله أو يترك^(١) .

التقسيم الثالث - الإبراء بحسب صيغته :

ينقسم الإبراء عند الحنفية^(٢) بحسب صيغته إلى إبراء إسقاط وإبراء استيفاء .

أما براءة الإسقاط : فتسقط الدين عن الذمة ، مثل : أسقطت ، وحطت ، وأبرأت براءة إسقاط ، وهي قد تكون بالنسبة للدين كله أو بعضه .

(١) فتح القدير والعناية : ٢٧١/٥ ، الدسوقي : ٤٩٥/٣ ، المغني : ٢٢٢/٥ .

(٢) الدر المختار ورد المختار : ١٧٦/٤ .

وأما براءة الاستيفاء : فهي عبارة عن الإقرار بأنه استوفى حقه وقبضه ، مثل أبرأتك براءة استيفاء ، أو قبض ، أو أبرأتك عن الاستيفاء . وتفيد عدم جواز المطالبة بالدين بعدئذ .

والفرق بينها بالنسبة للرجوع على الدائن المبرئ : أن المدين المبرأ يرجع بما دفع في براءة الإسقاط ، لا في براءة الاستيفاء اتفاقاً ، ويتفرع عنه أنه لو علق رجل طلاق امرأته بإبرائها عن المهر ، ثم دفعه لها ، لا يبطل التعليق ، وإذا أبرأته براءة إسقاط وقع الطلاق ورجع عليها بالمهر .

وبالنسبة لأثرهما يختص إبراء الإسقاط بالديون ؛ لأن العبارة فيه صريحة في إسقاطها ، ولا يصح في الأعيان ، لعدم صحة إسقاط الأعيان . أما إبراء الاستيفاء : فإنه يكون في الدين والعين جميعاً ؛ إذ الإقرار بالوفاء كما يكون في الدين يكون في العين ، عن طريق دفعها إلى مالكها .

المبحث السادس - حكم الإبراء وحكم الرجوع عنه :

حكم الإبراء ، أي أثره المترتب عليه إذا صدر مستوفياً شروطه : هو سقوط الحق المبرأ منه بحسب كون الإبراء خاصاً أو عاماً ، فإذا كان خاصاً ، لم تجز المطالبة بالحق ، ولا تسمع دعواه فيما تناوله الإبراء . وإذا كان عاماً شمل جميع الحقوق الموجودة عند صدوره ، ولا يشمل ما يحدث بعده من الحقوق .

ولا يقبل من المبرئ الرجوع عن الإبراء ولا العدول عنه في رأي الحنفية والحنابلة ، وفي الراجح عند الشافعية^(١) ، كما لا يقبل الرجوع بالاتفاق إذا زال الملك عن الموهوب .

(١) تكملة ابن عابدين : ١٨٢/٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ص ١٥٢ ، كشاف القناع : ٢٤٦/٤ .

وكذلك لا يجوز الرجوع عن الإبراء في مذهب المالكية بعد القبول؛ إذ ظاهر المذهب كما عرفنا اشتراط القبول^(١)، كما لا يجوز في الهبة .

واستثنى الحنفية^(٢) من أثر الإبراء بعدم سماع الدعوى بعده المسائل الآتية :

١- ادعاء ضمان الدرك في البيع السابق للإبراء؛ لأنه وإن كان البيع متقدماً على الإبراء ومشمولاً بأثره، فإن ضمان الدرك متأخر عنه . وضمان الدرك : هو التزام سلامة المبيع مما يمكن أن يلحقه ويدركه من حقوق لغير البائع في عينه، وتحمل التبعة عند ظهور حق فيه .

٢- ظهور شيء من الحقوق للقاصر، لم يكن يعلم به، بعد أن بلغ وأبرأ وصيه إبراءً عاماً، بأن أقر بأنه قبض كامل تركته والده .

٣- ادعاء الوصي ديناً للميت، بعد أن أقر باستيفاء جميع ماله على الناس .

٤- ادعاء الوارث ديناً للمورث، بعد إقراره على النحو السابق .

وسبب استثناء هذه الصور طروء خفاء يعذر به المبرئ في دعواه مع صدور الإبراء العام منه .

ويلاحظ أن سقوط حق الادعاء بسبب الإبراء إنما هو عند الحنفية بالنسبة لأحكام القضاء لا الديانة، فلو ظفر المبرئ بحقه أخذه^(٣) .

وقال الشافعية^(٤) : الإبراء في الدنيا إبراء في الآخرة .

(١) الفروق : ١١١/٢ .

(٢) تنبيه ذوي الأفهام لابن عابدين : ٩١/٢ .

(٣) الدر المختار ورد المختار : ٤٩٥/٤ ، تكللة ابن عابدين : ١٨٢/٢ .

(٤) حاشية قليوبي وعميرة : ٣٢٧/٢ .

وللمالكية قولان^(١)، الظاهر منها أن الإبراء مطلقاً يشمل أحكام الدنيا والآخرة، فلا يؤخذ المولى أحداً بحق جده، وأبرأه صاحبه منه. والقول الآخر: لا تسقط عنه مطالبة الله في الآخرة بحق خصمه.

سماع الدعوى بعد الإبراء العام:

لا تسمع الدعوى بعد الإبراء، كما بينا، ولكن فصل الحنفية^(٢) في الموضوع، فقالوا: إن كان الإبراء العام عن الدين، فلا تسمع الدعوى بعده إلا عن دين حادث بعد الإبراء.

وإن كان الإبراء عن عين: فلا تسمع الدعوى بعده إن كان المدعى عليه منكرًا كون العين للمدعي؛ لأن الإبراء من المدعي موافقة على الإنكار.

أما إن كان المدعى عليه مقرراً بأن العين للمدعي، لكنه تمسك بإبراء المدعي، فإن كانت العين قائمة تسمع الدعوى بعد الإبراء عنها، وإن كانت هالكة، كان الإبراء عن ضمانها، فلا تسمع الدعوى بها بعد الإبراء كالدين.

أثر الإقرار بعد الإبراء:

لا يعتبر - كما أبان الحنفية والمالكية^(٣) - الإقرار بالدين بعد صدور الإبراء العام من الدين إبراء عاماً؛ لأن الدين قد سقط بالإبراء، والساقط لا يعود.

الإبراء بعوض:

الإبراء بعوض عند الحنفية^(٤): هو صلح بمال.

(١) الدسوقي: ٤١١/٣.

(٢) إعلام الأعلام لابن عابدين: ١٠٠/٢.

(٣) إعلام الأعلام: ١٠١/٢، الدسوقي: ٤١١/٣.

(٤) الدر المختار: ٤٩٥/٤.

وأجاز الشافعية^(١) بذل العوض في الإبراء ، كأن يعطيه مُتاعاً مثلاً مقابل الإبراء عما عليه من الدين ، فيملك الدائن العوض المبدول له ، ويبرأ المدين . لكن لو أعطاه بعض الدين على أن يبرئه من الباقي ، فليس العطاء تعويضاً ، وإنما هو من الدائن قبض بعض حقه ، ويظل الباقي في ذمة المدين ، ويبطل الإبراء عند الجمهور غير المالكية ، كما بينا في شروط الصيغة .

وقفنا بالله تعالى

(١) حاشية الجمل على شرح المنهج : ٢٨١/٣ ، طبعة إحياء التراث .

الفصل الخامس عشر

الاستحقاق

الكلام فيه يتناول تعريفه، وحكمه المترتب عليه من فسخ ورجوع، وحكم الاستحقاق في عقود البيع والمقايضة والرهن والقسمة والصلح، والإجارة، والمساقاة والمزارعة، والزواج بالنسبة للصدّاق وبدل الخلع، والوصية، والوقف، وحكم استحقاق الأضحية والهدي، وفيه ثلاثة مباحث: الأول - التعريف والحكم، والثاني - أثر الاستحقاق في طائفة من العقود، والثالث - حكم استحقاق الأضحية والهدي.

المبحث الأول - تعريف الاستحقاق وحكمه المترتب عليه :

الاستحقاق لغة : طلب الحق ، فالسين والتاء للطلب ، لكن في المصباح : استحق فلان الأمر : استوجبه ، فالأمر مستحق (اسم مفعول) ومنه خرج المبيع مستحقاً ، فصار المعنى الشرعي موافقاً للمعنى اللغوي .

وقفهاً : ظهور كون الشيء حقاً واجباً للغير . وبعبارة أخرى :

الاستحقاق : هو أن يدعي شخص ملكية شيء ، ويثبت دعواه ، ويقضي له القاضي بملكيته ، وانتزاعه من يد حائزة .

وعرفه المالكية بقولهم : هو رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله .

والاستحقاق بالنسبة لفسخ العقد نوعان^(١) :

١ - مبطل للملك بالكلية : بحيث لا يبقى لأحد عليه غير المدعي حق التملك ، كالعتق والحرية الأصلية . وحكمه : أنه يوجب فسخ العقد بلا حاجة لحكم القاضي ، ولكل واحد من الباعة الرجوع على بائعه بالثمن ، فلو أقام العبد بيّنة أنه حر الأصل ، أو أنه كان عبداً لفلان فأعتقه ، فلكل واحد وإن لم يرجع عليه أن يرجع على بائعه قبل القضاء عليه ، ويرجع هو أيضاً على بائعه الأول .

٢ - وناقل للملك من شخص إلى آخر ، وهذا هو الغالب : كأن ادعى زيد على خالد أن مافي يده من المتاع ملك له ، وبرهن على ادعائه .

وحكمه : أنه لا يوجب فسخ العقد ؛ لأنه لا يوجب بطلان ملك المشتري ، وإنما يتوقف على إجازة المستحق أو فسخه ، والصحيح عند الحنفية أن العقد لا يفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن ، ويفسخ العقد في الأصح من ظاهر الرواية بالفسخ أي بالتراضي ، لا بمجرد القضاء بالاستحقاق .

وليس لأحد من المشتريين أن يرجع على بائعه بالثمن ، ما لم يرجع عليه ، لئلا يجتمع الثمنان في ملك واحد ، أي فليس للمشتري الأوسط أن يرجع على بائعه قبل أن يرجع عليه المشتري الأخير .

والحكم بالاستحقاق يشمل ذا اليد فيؤخذ المدعى به من يده ، ويشمل أيضاً كل من تلقى ذو اليد الملك منه . قال صاحب الدر : الحكم بالاستحقاق حكم على ذي اليد ، وعلى من تلقى ذو اليد الملك منه ، ولو كان مورثه ، ويتعدى الأمر إلى بقية الورثة .

إثبات المستحق حقه : يرجع المشتري على البائع بالثمن إذا ثبت الاستحقاق

(١) الدر المختار ورد المختار : ١٩٩/٤ وما بعدها .

بيينة المستحق ؛ لأنها حجة متعددة تظهر في حق كافة الناس ، ولا تصير حجة معتبرة إلا بقضاء القاضي ، حتى ينفذ قضاؤه في حق الكافة بماله من ولاية عامة .

أما إذا ثبت الاستحقاق بإقرار المشتري أو وكيله بالخصومة ، أو بنكولها ، فلا رجوع ؛ لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر لا يتعداه إلى غيره ، لعدم ولايته عليه^(١) .

تناقض الادعاءات : التناقض في الدعوى^(٢) : أي التدافع في الكلام ، يمنع دعوى الملك لعين أو منفعة ، إذا كان الكلام الأول قد أثبت حقاً لشخص معين ، كأن ادعى شخص على آخر أنه أخوه ، وطالبه بالنفقة ، فقال المدعى عليه : ليس هو بأخي ، ثم مات المدعي عن تركة ، فجاء المدعى عليه يطلب ميراثه ، فإن قال : هو أخي ، لم يقبل ، للتناقض .

أما إذا لم يثبت الكلام الأول لآخر حقاً ، لم يمنع دعوى الملك ، لقول المدعي : لاحق لي على أحد من أهل بلدة كذا ، ثم ادعى شيئاً على أحد منهم ، تصح دعواه .

ولا يمنع التناقض أيضاً دعوى ما خفي سببه كالنسب والطلاق ، والحرية ، كما إذا اشترى ثوباً في شيء مغلف ، ثم زعم أنه له ، ولم يعرفه ، تقبل دعواه .

ومثال النسب : لو باع عبداً مثلاً ، ثم باعه المشتري لآخر ، ثم ادعى البائع الأول أنه ابنه ، تقبل دعواه ، ويبطل الشراء الأول والثاني ؛ لأن النسب يبتنى على العلوق ، فيخفى عليه ، فيعذر في التناقض .

ومثال الطلاق : إذا قاسمت المرأة ورثة زوجها ، وقد أقروا بالزوجية كباراً ، ثم برهنوا على أن زوجها كان طلقها في حال صحته ثلاثاً ، رجعوا عليها بما أخذت .

(١) الدر المختار : ٢٠٣/٤ .

(٢) المرجع السابق : ٢٠٥/٤ وما بعدها .

ومثال الحرية : أن يبرهن البائع أو المشتري أن البائع حرر العبد المبيع قبل بيعه ، يقبل قوله ؛ إذ التناقض متحمل في العتق .

المبحث الثاني - حكم الاستحقاق في طائفة من العقود :

أولاً - الاستحقاق في عقد البيع والمقايضة :

أما أثر الاستحقاق في المقايضة : فلو استحق بدل المبيع ، كأن اشترى داراً بسيارة ثم استحققت السيارة ، وأخذت الدار بالشفعة ، بطلت الشفعة ، ويأخذ البائع الدار من الشفيع ، لبطلان البيع ؛ لأن الاستحقاق في بيع المقايضة ، يبطل البيع^(١) .

وأما أثر الاستحقاق في البيع ، ففيه تفصيل وآراء :

رأي الحنفية^(٢) :

أ - استحقاق بعض المبيع :

أ - إن استحق بعض العقود عليه قبل القبض ، ولم يجز المستحق ، بطل العقد في القدر المستحق ؛ لأنه تبين أن ذلك القدر لم يكن ملك البائع ، ولم توجد الإجازة من المالك ، فبطل ، ولمشتري الخيار في الباقي : إن شاء رضي به بحصته من الثمن ، وإن شاء رده سواء أحدث عيباً في الباقي أم لا ، وسواء استحق الجزء المقبوض أو غيره ؛ لأنه إذا لم يرض المستحق ، فقد تفرقت الصفقة على المشتري قبل تمام العقد ، والتفرق يوجب الخيار ، فكذا هذا .

ب - وإن كان الاستحقاق بعد قبض البعض دون البعض أو بعد قبض الكل ، بطل البيع في القدر المستحق .

(١) الدر المختار : ٢١١/٤ .

(٢) البدائع : ٢٨٨/٥ وما بعدها ، فتح القدير : ١٧٥/٥ وما بعدها .

ثم ينظر في حالة قبض الكل : إن كان استحقاق ما استحق يوجب العيب في الباقي ، بأن كان المعقود عليه شيئاً واحداً كالدار والسيارة والدابة ونحوها ، فالمشتري بالخيار في الباقي : إن شاء رضي بحصته من الثمن ، وإن شاء رد ؛ لأن الشركة في الأعيان عيب .

وإن كان استحقاق ما استحق لا يوجب عيباً في الباقي ، بأن كان المعقود عليه شيئين كالدابتين أو كمية من المثليات من مكيل كالقمح أو موزون كالزيت ، فاستحقت إحداها ، فإنه يلزم المشتري الباقي بحصته من الثمن ؛ لأنه لا ضرر في تبعيضه ، فلم يكن له خيار الرد .

والخلاصة : أنه في حال استحقاق بعض المبيع تفرق الصفقة على المشتري الأخير ، فيثبت للمشتري خيار تفرق الصفقة ، فإن شاء احتفظ بباقي المبيع ، وإن شاء فسخ العقد فيه ورده للبائع ، إلا إذا كان استحقاق البعض قد وقع بعد قبض المشتري جميع المبيع ، ولم تضر المبيع التجزئة ، فلا يثبت للمشتري حينئذ خيار تفرق الصفقة باستحقاق البعض ، بل يلتزم بالباقي بحصته من الثمن .

٢- استحقاق المبيع كله :

إن أثبت المستحق ملكية المبيع كله بالبينة ، ففضي له به ، لا يفسخ البيع ، بل يصبح متوقفاً على إجازة المستحق : فإن أجاز البيع بقي المبيع للمشتري ، ويأخذ المستحق الثمن من البائع ، ويصبح البائع كوكيل عنه بالبيع ؛ لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة . وإن لم يجز المستحق البيع ، بل اختار أخذ المبيع ، يفسخ البيع السابق بالفسخ أي بالتراضي عليه في ظاهر الرواية ، ويكون البائع ملتزماً للمشتري برد الثمن .

لكن إن كان الاستحقاق لموقوف أثبت المتولي وقفه ، فإن البيع يفسخ حتماً ، إذ ليس لأحد أن يجيز بيع الوقف .

شروط الرجوع بالثمن :

يشترط لرجوع المشتري على البائع بالثمن بعد استحقاق المبيع شروط ثلاثة^(١) :

١- أن يكون الاستحقاق ناقلاً للملك البائع : بأن يدعي المستحق ملكاً مطلقاً أو من تاريخ أقدم من تاريخ الشراء ، فإن ادعى المستحق الملك منذ شهر ، وكان شراء المشتري من سنة مثلاً ، فلا رجوع له على بائعه ؛ لأن الاستحقاق حدث على ملك المشتري لا على ملك البائع .

٢- ألا يتصالح المشتري والمستحق على أن يدفع المستحق إلى المشتري بعض الثمن ويأخذ المبيع ؛ لأن المشتري عندئذ يكون قد أبطل حق رجوعه على البائع بهذا الصلح .

أما إن تم الصلح على ترك المبيع للمشتري مقابل شيء يدفعه المشتري للمستحق ، فلا يسقط حق الرجوع .

٣- ألا يكون البائع قد أبرأ المشتري عن الثمن قبل الاستحقاق : فلو كان قد أبرأه عنه ، فلا رجوع للمشتري عليه بشيء ؛ لأنه لم يدفع شيئاً .

شرط سماع دعوى الاستحقاق قبل قبض المبيع : لا تسمع دعوى الاستحقاق على المبيع قبل قبضه ، حتى يحضر البائع والمشتري عند القاضي للحكم عليها ؛ لأن الملك للمشتري ، واليد للبائع ، والمدعي يتدعيها ، فشرط حضورهما للقضاء عليها .

أما إذا رفعت دعوى استحقاق المبيع بعد قبض المشتري ، فيطلب حضور المشتري فقط ، ولا يشترط حضور البائع ، لكن يحق للمشتري طلب إدخاله في المحاكمة

(١) عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ١٠٠ وما بعدها .

بصفة شخص ثالث، لما له من علاقة بحق الرجوع عليه^(١). وأما زوائد المبيع كالولد: فإن أثبت المستحق حقه بالبينة أخذها؛ لأن البينة حجة مطلقة في حق جميع الناس، ولكن بشرط القضاء بها، وإن كان الإثبات بمجرد إقرار المشتري له بها أو بالنكول لأنه في حكم الإقرار، فلا يستحق أخذها؛ لأن الإقرار حجة على المقر فقط^(٢).

٣- استحقاق احتباس المبيع:

إذا ظهر أن المبيع مستحق الاحتباس لغير البائع بسبب كونه مرهوناً (إشارة رهن) أو مأجوراً، وثبت الاستحقاق بالبينة، ففيه تفصيل:

أ- إن أجاز المرتهن أو المستأجر البيع، انفسخ الرهن والإجارة، ويصبح ثمن المبيع رهناً مكان البيع، وللمرتهن حبس المبيع حتى يقبض الثمن، وللمستأجر حبس المبيع حتى تعاد إليه الأجرة عن المدة الباقية من الإجارة لو كانت مدفوعة^(٣).

ب- وإن لم يجز المرتهن أو المستأجر البيع، ليس له فسخه، بل يبقى المبيع في يده، ويخير المشتري بين أن ينتظر فكاك الرهن وانتهاء مدة الإجارة، أو يفسخ البيع، ويسترد الثمن المدفوع.

رأي المالكية^(٤):

إذا استحق إنسان شيئاً من يد آخر وأثبت حقه بما تثبت به الأشياء في الشرع، فلا يخلو من أن يستحق من الشيء أقله، أو كله أو جله.

فإن كان المستحق أقل الشيء: فيرجع على المشتري بقيمة ما استحق من يده، وليس له أن يرجع بالجميع.

(١) الدر المختار: ٢٠٧/٤.

(٢) الدر المختار: ٢٠٤/٤ وما بعدها.

(٣) انظر المادة ٥٩٠ و٧٤٧ من المجلة.

(٤) بداية المجتهد: ٣٢٠/٢ وما بعدها، النسوق: ٤٧٠/٣.

وإن كان المستحق كل الشيء أو جله : فإن كان لم يتغير أخذه المستحق ، ورجع المشتري على البائع بالثمن . وإن تغير تغيراً يوجب اختلاف قيمته ، رجع بقيمته يوم الشراء .

وإن تغير الشيء بزيادة : فإن كانت الزيادة من ذات الشيء ، أخذها المستحق ، مثل أن تسمن الدابة أو يكبر نتاجها . وإن كانت الزيادة من قبل المشتري المستحق منه ، كأن يبني في الدار بناء ، فتستحق من يده ، فيخير المستحق بين أن يدفع قيمة الزيادة ويأخذ ما استحقه ، وبين أن يدفع إليه المشتري قيمة ما استحق ، أو يكونا شريكين : هذا بقدر قيمة ما استحق من يده ، وهذا بقدر قيمة ما بنى أو ما غرس ، وهو قضاء عمر بن الخطاب .

وإن تغير الشيء بنقصان : فإن كان من غير سبب المستحق من يده ، فلا شيء على المستحق منه . وإن كان بسبب من المستحق منه كأن يهدم السدار ، ويبيع أنقاضها ، ثم تستحق منه ، فيرجع المستحق على المستحق منه بثمن ما باع من الأتقاض .

رأي الشافعية^(١) :

إذا استحق بعض المبيع دون البعض الآخر ففيه خيار تفرق الصفقة ، والأظهر من القولين عندهم في تفریق الصفقة تجزئة البيع ، وإعطاء كل جزء من المبيع حكمه ، فيصح البيع فيما يأخذه المشتري ، ويبطل في المستحق ، ويرجع المشتري على البائع بحصة المستحق من الثمن .

وأما إذا استحق المبيع كله ، فيرجع المشتري بالثمن كله على البائع ، سواء علم

(١) المهذب : ٢٦٩١ ، ٢٨٨ ، مغني المحتاج : ٤٠٢ - ٤٢ ، ٦٥ - ٦٦ ، أسنى المطالب : ٣٤٩٢ وما بعدها .

بالاستحقاق حال العقد، أم لم يعلم؛ لأنه أزيلت يده عن المبيع بسبب كان في يد البائع، وينفسخ البيع.

ولو خرج المبيع مستحقاً قبل القبض، فلم يقبضه المشتري، لم يكن للمستحق مطالبة المشتري به، لعدم قبضه له حقيقة، وكذا لو باعه قبل نقله، فنقله المشتري الثاني، فليس للمستحق مطالبة المشتري الأول، لعدم قبضه له حقيقة. وإن وضع البائع المبيع بين يدي المشتري، فخرج مستحقاً، لم يضمنه المشتري، أي لم يطالب ببذله؛ لأن الوضع بين يدي المشتري يكون قبضاً في البيع الصحيح دون الفاسد، وكذا تخلية الدار ونحوها إنما تكون قبضاً في الصحيح دون الفاسد.

ولو اعترف المشتري للبائع بالملك، ثم استحق المبيع، فإنه يرجع على البائع بالثمن؛ لأنه اعتراف بظاهر اليد.

ولو استحق المبيع باعتراف المشتري أو بنكوله عن يمين نفي العلم باستحقاق المبيع مع يمين المدعي المردودة، لم يرجع بالثمن على البائع، لتقصيره باعترافه مع شرائه أو بنكوله، وهذا موافق للحنفية.

أما إن استحق المبيع بيينة، أو بتصديق البائع والمشتري للمدعي، رجع المشتري على البائع بالثمن إن كان باقياً، وببذله إن كان تالفاً.

رأي الحنابلة^(١):

إذا استحق المبيع رجع المشتري على البائع بالثمن وبما غرمه من أجل بناء أو غرس في أرض؛ لأن البائع غرَّ المشتري ببيعه الأرض مثلاً وأوهمه أنها ملكه، لكن لا يرجع بما أنفق على الحيوان ولا بخراج الأرض؛ لأن المشتري التزم ضمان النفقة

(١) كشف القناع: ٢١٦/٣، ٤٧/٤، ٣٥٧، ط مكة.

باعتبار أن عقد البيع يقتضي النفقة على المبيع ودفع خراجه . ولمستحق الأرض قلع الغراس والبناء ، بلا ضمان نقص لموضعه .

؛ وعبارتهم : إذا بنى المشتري على الأرض ثم أخذها المستحق ، وهدم البناء ، فالأنتقاض للمشتري ؛ لأنها أعيان ماله ، ويرجع بقيمة التالف على البائع ؛ لأنه غره ، وقيده الشيخ التقي في موضع بما إذا كان عالماً ، وإلا فلا تغرير . وهذا الرأي يصلح في الجملة أساساً للتعويض عن الخسارة .

ثانياً- الاستحقاق في عقد الرهن (استحقاق المرهون) :

رأي الحنفية^(١) :

لواستحق بعض المرهون بعد الرهن ، ينظر إلى الباقي :

أ- إن كان الباقي بعد الاستحقاق مما يجوز رهنه ابتداء ، لا يفسد الرهن فيه .

ب- وإن كان مما لا يجوز رهنه ابتداء ، فسد الرهن في الكل ، كاستحقاق بعض الرهن شائعاً ؛ لأنه لما استحق بعضه تبين أن العقد لم يصح في القدر المستحق ، وأنه لم يقع إلا على الباقي ، وبما أن الباقي شائع ، فيفسد الرهن ؛ لأن الشيوع عندهم يمنع صحة الرهن .

رأي المالكية^(٢) :

إذا استحق بعض الرهن المعين ، فإن الباقي يكون رهنأ عن جميع الدين .

وأما غير المعين : فيأتي الراهن للمرتهن ببديل البعض المستحق . وإذا استحق كل المرهون : فإن كان قبل قبض الرهن ، فيخير المرتهن بين إمضاء العقد بلا رهن ، وبين

(١) البدائع : ١٤١/٦ ، ١٥١ .

(٢) الخرشي : ٢٨٨/٥ ، ٢٩٨ وما بعدها ، الشرح الكبير : ٢٣٨/٢ .

الفسخ . وإن استحق بعد القبض يبقى دينه بلا رهن ، إلا أن يفره ، فيخير بين الفسخ وعدمه . ومن رهن عقاراً أو حيواناً فاستحق شخص حصته منه ، وتركها تحت يد المرتهن ، فتلفت ، فلا يضمنها المرتهن ؛ لأنها باستحقاقها خرجت من الرهنية ، وصار المرتهن أميناً فلا يضمن إلا ما بقي .

رأي الشافعية^(١) :

إن استحق المرهون المبيع ، رجع المشتري على الراهن ؛ لأن المبيع له ، فكانت العهدة عليه ، ويستقر الضمان عليه ، لو رجع المشتري على العدل الذي وضع عنده الرهن ، إذ يجوز الرجوع عليه لوضع يده عليه .

رأي الحنابلة^(٢) :

إذا قبض المرتهن الرهن ، فوجده مستحقاً ، لزمه رده على مالكة ، والرهن باطل من أصله . وإن استحق الرهن المبيع ، رجع المشتري على الراهن ؛ لأن المبيع له ، فالعهدة عليه ، كما لو باع بنفسه ، وحينئذ لا رجوع له على العدل إن أعلمه العدل أنه وكيل .

ثالثاً - الاستحقاق في القسمة (استحقاق المقسوم كله أو بعضه) :

رأي الحنفية^(٣) :

إذا استحققت العين المقسومة بطلت القسمة في الظاهر ، ولكن تبين أنها في الحقيقة لم تصح . ولو استحق شيء منها ، فإنها تبطل في القدر المستحق .

(١) مغني المحتاج : ١٣٥/٢ .

(٢) المغني : ٣٩٧/٥ ، كشاف القناع : ٣٣٤/٣ .

(٣) البدائع : ٢٤/٧ .

رأي المالكية^(١) :

أ- إن استحق جل ما بيد أحد المتقاسمين ، فإن القسمة تنفسخ ، وترجع الشركة كما كانت قبل القسمة .

ب- وإن استحق نصف أو ثلث من نصيب أحد المتقاسمين ، خير المستحق بين التمسك بالباقي ولا يرجع بشيء ، وبين رجوعه شريكاً فيما بيد شريكه بنصف قدر ما استحق .

ج- وإن كان المستحق ربع ما بيد أحد المتقاسمين ، فلا خيار له ، والقسمة باقية لا تنقض ، وليس له إلا الرجوع بنصف قيمة ما استحق من يده ، ولا يرجع شريكاً بنصف ما يقابله .

رأي الشافعية^(٢) :

أ- إن استحق بعد القسمة بعض مشاع من المقسوم كثلث أو ربع بطلت القسمة في البعض المستحق ، وفي الباقي قولاً تفريق الصفقة والأظهر منها صحة القسمة وثبوت الخيار ، لعدم حصول مقصود القسمة : وهو التمييز ، ولظهور انفراد بعض الشركاء بالقسمة .

ب- وإن استحق من النصيبين قدر معين على السواء ، بقيت القسمة في الباقي ؛ لأن كلاً من الشريكين وصل إلى حقه .

ج- وإن كان المستحق من النصيبين لم يستومع الآخر ، بأن اختص المستحق بأحد النصيبين أو شملها ، لكنه في أحدهما أكثر من المستحق من نصيب الآخر ،

(١) الشرح الكبير مع الدوقي : ٥١٤/٣ ..

(٢) مغني المحتاج : ٤٢٥/٤ .

بطلت القسمة في الجميع؛ لأن ما بقي لكل واحد ليس قدر حقه، بل يحتاج أحدهما إلى الرجوع على الآخر، وتعود الإشاعة.

رأي الحنابلة^(١):

أ- إذا تقاسم الشركاء، ثم استحق من حصة أحدهما شيء معين، بطلت القسمة، لفوات التعديل، أي لم تعدل فيها السهام، فكانت باطلة.

ب- وإن كان المستحق من الحصتين على السواء، بأن اقتسما أرضاً، فاستحق من حصتها معاً قطعة معينة على السواء في الحصتين، لم تبطل القسمة فيما بقي من الأرض، كما قرر الشافعية؛ لأن القسمة إفراز حق كل واحد منها، وقد أفرز، كما لو كان المقسوم عينين، فاستحق إحدهما.

ج- وإن كان المستحق في نصيب أحدهما أكثر من نصيب الآخر، أو كان ضرره في نصيب أحدهما أكثر من ضرره في نصيب الآخر، كسد طريقه، أو سد مجرى مائه، أو سد محل طريقه ونحوه مما فيه ضرر، بطلت القسمة، لفوات التعديل، كالحالة الأولى.

وكذلك تبطل القسمة إن كان المستحق مشاعاً في نصيبها؛ لأن الشريك الثالث لم يرض، ولم يحكم عليه بالقسمة.

وتبطل القسمة أيضاً إن كان المستحق مشاعاً في أحد النصيبين، لفوات التعديل.

(١) كشاف القناع: ٢٧٧/١، ط مكة.

رابعاً- الاستحقاق في الصلح (استحقاق محل الصلح أو عوض الصلح) :

رأي الحنفية^(١) :

أ- إذا صالح على مال (عوض الصلح) ثم استحق من يد المدعي، لم يصح الصلح؛ لأنه تبين أن المصالح عليه (العوض) ليس مملوكاً للمصالح، وهذا شرط لصحة الصلح.

ب- إذا كان الصلح عن إقرار، واستحق بعض المصالح عنه (محل الصلح) رجع المدعى عليه بحصة المستحق من العوض؛ لأن هذا الصلح معاوضة مطلقة كالبيع. وإن استحق كل المصالح عنه، رجع بكل المصالح عليه.

ج- وإن وقع الصلح عن سكوت أو إنكار، فاستحق المتنازع فيه، رجع المدعي بالخصومة على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه، ورد العوض؛ لأن المدعى عليه ما بذل العوض إلا لدفع الخصومة عن نفسه، فإذا ظهر الاستحقاق ظهر ألا خصومة له، فيبقى في يده غير مشتمل على غرض المدعى عليه، فيسترده، كالمكفول عنه إذا دفع المال إلى الكفيل بغرض دفعه إلى رب الدين (الدائن) ثم أدى الدين بنفسه قبل أداء الكفيل، فإنه يسترده، لعدم اشتاله على تحقيق غرضه.

رأي المالكية^(٢) :

أ- استحقاق ما يبيد المدعي: من ادعى على شخص بشيء كحصان، فأقر له به، ثم صالحه عنه بشيء معلوم قيمي كثوب، أو مثلي كطن قمح، ثم استحق ذلك المصالح به، فإن المدعي يرجع في عين شيء الذي أقر به المدعى عليه إن لم يفت، فإن فات

(١) البدائع : ٤٨/٦ م ٥٤ ، تكملة فتح القدير مع العناية : ٢٩/٧ .

(٢) الشرح الكبير مع الدسوقي : ٤٧٠/٣ ، الشرح الصغير : ٦٢٦/٣ .

ذلك الشيء المقر به ، فإن المدعي يرجع في عوضه ، أي يرجع بقيمته إن كان قيمياً ، أو بمثله إن كان مثلياً .

ب - استحقاق ما يبد المدعى عليه : من ادعى على شخص بحصان مثلاً ، وأنه ملكه ، فأنكره ، ثم صالحه بقيمي ، أو مثلي ، ودفعه له ، ثم استحق الحصان فإن المدعى عليه المنكر يرجع على المدعي بما دفعه له إن لم يفت ، أما إن فات ، رجع بقيمته إن كان قيمياً ، أو بمثله إن كان مثلياً .

وإن استحق ما يبد المدعى عليه في الصلح بإقرار ، لا يرجع المقر على المدعي بشيء ، لاعترافه أنه ملكه ، وأن المستحق أخذه منه ظلماً .

فمن اشترى سلعة وهو عالم بصحة ملك بائعها ، فاستحقت من المشتري ، فلا رجوع له على البائع ، لعلمه أن المستحق ظالم في أخذها منه .

رأي الشافعية^(١) :

لو صالح شخص غيره على دار مثلاً على شيء معين ، فاستحق الشيء ، انفسخ العقد . فإن تعذر الرد بتلف في يده ونحوه ، رجع في جزء من الدار بقدر ما نقص من قيمة الشيء ، كما لو باع الدار .

رأي الحنابلة^(٢) :

لو صالح المدعى عليه عن دار بعوض ، فبان العوض مستحقاً ، رجع المدعي في الدار المصالح عنها ؛ لأن الصلح عن إقرار ههنا بيع في الحقيقة ، فإذا بان كون العوض مستحقاً ، كان البيع فاسداً ، فرجع فيما كان له .

(١) أسنى المطالب : ٢١٨/٢ .

(٢) المغني : ٤٩٢/٥ .

وذلك بخلاف الصلح عن القصاص ، فإنه ليس بيعاً ، فلو صالح عن القصاص بمتاع نفيس ، فخرج مستحقاً ، رجع بقيته .

وإن كان الصلح عن إنكار ، وظهر العوض مستحقاً ، رجع المدعي إلى دعواه قبل الصلح ، لتبين بطلانه .

خامساً- الاستحقاق في الإجارة (استحقاق الأجرة أو المأجور) :

رأي الحنفية^(١) :

لو أجر شخص داراً له ، ثم استحققت ، وأجاز المستحق الإجارة : فإن كانت الإجارة قبل استيفاء المنفعة ، جازت إجارته ، وكانت الأجرة للمالك ؛ لأن العقود عليه قائم . وإن أجاز العقد بعد استيفاء المنفعة ، لم تجز إجارته ، وكانت الأجرة للعائد ؛ لأن المنافع عند الإجارة كانت معدومة ، فلا يبقى العقد بعدئذ .

وإن كانت الإجارة بعد مضي بعض المدة فيما لو أجزها غاصب ، فالأجر كله للمالك في قول أبي يوسف . وقال محمد : أجر ما مضى للغاصب ، وأجر ما بقي للمالك .

رأي المالكية^(٢) :

إذا أجر الأرض من هي في يده ، وهو ذو شبهة ، مدة سنين أو شهور مثلاً ، وقد مضى بعضها ، ثم استحققت الأرض بعد الزرع ، فيخير المستحق بين أن يفسخ العقد فيما بقي من مدة الإجارة ، وبين أن يجيز ما بقي منها ، ولا شيء له فيما مضى من الأجرة ؛ لأن ذا الشبهة يفوز بالغلة .

(١) البدائع : ١٧٧/٤ .

(٢) الشرح الكبير مع الدسوقي : ٤٦٣/٣ .

رأي الشافعية^(١) :

الظاهر أن استحقاق المأجور مثل تلفه ، والإجارة عندهم تنفسخ بانهدام الدار ، لفوات المنفعة المعقود عليها قبل قبضها أو استيفائها ، كما ينفسخ البيع بتلف المبيع قبل قبضه . وتنفسخ أيضاً باستحقاق مأجور معين ، لفوات المعقود عليه .

رأي الحنابلة^(٢) :

إذا وقعت الإجارة على عين ، مثل أن يستأجر رجلاً للحمل أو للركوب ، فخرج مستحقاً ، تبين أن العقد باطل ، ولا يلزم المؤجر بالبدل .
وإذا وقعت الإجارة على عين موصوفة في الذمة ، فخرجت مستحقة لم يبطل العقد ، ولزمه بدلها ؛ لأن المعقود عليه موصوف غير متعين .

سادساً - الاستحقاق في المساقاة والمزارعة :

رأي الحنفية^(٣) :

إذا استحق النخيل ، يرجع العامل بأجر مثله ، إذا كان فيه ثمر وإلا فلا أجر له ، فإذا لم تخرج النخيل شيئاً حتى استحققت ، لا شيء للعامل ؛ لأن في المزارعة لو استحققت الأرض بعد العمل قبل الزراعة لا شيء للمزارع ، فكذا هنا .
أما في المزارعة فيرجع العامل بقيمة الزرع ، على التفصيل السابق .

رأي المالكية^(٤) :

ينفسخ عقد المساقاة إذا استحق البستان المساقى عليه إن شاء المستحق ، إذ له

(١) مغني المحتاج : ٣٥٥/٢ - ٣٥٧ .

(٢) المغني : ٤٣٢/٥ .

(٣) الدر المختار ورد المختار : ٢٠١/٥ .

(٤) الدسوقي : ٥٤٧/٣ وما بعدها ، الخرشبي : ٢٦١/٦ ، بداية المجتهد : ٢٢١/٢ .

الخيار بين إبقاء العامل وبين فسخ عقده ، لأنه تبين أن العاقد له غير مالك . وإذا فسخ كانت الغلة للمستحق ، وعليه دفع أجر المثل للعامل بحساب ما عمل ، حتى لا يتضرر .

رأي الشافعية^(١) :

لو خرج الثمر بعد العمل أو قبله مستحقاً لغير المساقى ، كأن أوصى المالك بثمر الشجر المساقى عليه ، أو خرج الشجر مستحقاً ، فللعامل على المساقى أجره المثل لعمله ؛ لأنه فوت منافعه بعوض فاسد ، فيرجع بيدها ، وذلك إذا عمل جاهلاً بالحال ، فإن علم الحال فلا شيء له .

رأي الحنابلة^(٢) :

إن ساقاه على شجر ، فبان مستحقاً بعد العمل ، أخذه المستحق وثمرته ؛ لأنه عين ماله ، ولا حق للعامل في ثمرته ؛ لأنه عمل فيها بغير إذن مالكها ، ولا أجر له عليه ، وله أجر مثله على الغاصب ؛ لأنه غرّه واستعمله ، فلزمه الأجر .

سابعاً - الاستحقاق في عقد الزواج :

أ - استحقاق الصداق :

رأي الحنفية^(٣) :

إذا استحق المهر المعين قبل التسليم كدار مثلاً ، صحت التسمية ، ووجب على الزوج قيمة الدار ، لتعذر تسليمها بالاستحقاق ، ولم يجب مهر المثل .

(١) معني المحتاج : ٢٣١/٢ .

(٢) المعني : ٣٨١/٥ .

(٣) البدائع : ٢٧٨/٢ ، فتح القدير : ٤٥٥/٢ ، ٤٦٢ .

ولو استحق نصف الدار، خيرت المرأة في النصف الباقي في يدها: إن شاءت ردت به بالعيب الفاحش: وهو التشقيص في الأملاك المجتمعة، ورجعت بقيمة الدار، وإن شاءت أمسكته، ورجعت بقيمة نصفها.

ولو طلقها قبل الدخول، كان لها النصف الذي في يدها خاصة.

رأي المالكية^(١):

إذا استحق الصداق من يد المرأة أو وجد به عيب، رجعت بقيمته لا بمهر المثل، كما قال الحنفية؛ لأن طريق الزواج المكارمة، فقد ترجع بأضعاف مهر المثل وبعشره. وقيل في المذهب: ترجع بالمثل، وقيل: ترجع بالأقل من القيمة أو صداق المثل.

رأي الشافعية^(٢):

إن تزوجها بمغصوب أو بخمر، وجب مهر المثل في الأظهر، لصحة النكاح وفساد التسمية، لعدم كون المغصوب ملكاً للزوج؛ لأنه مستحق لغير الزوج، وعدم كون الخمر مالاً.

رأي الحنابلة^(٣):

إن تزوجها على شيء معين كدار، فظهر مغصوباً أي مستحقاً للغير، فلها قيمته؛ لأن العقد وقع على التسمية المذكورة، فكان لها قيمته، ولأنها رضيت بقيمته، وذلك بخلاف ما لو قال: أصدقتك هذه الدار المغصوبة، فلها مهر المثل؛ لأنها رضيت الزواج بلا شيء، لرضاها بما تعلم أنه لا يقدر على تملكه إياها، فكان وجود التسمية كعدمها.

(١) بداية المجهد: ٢٨/٢، الحرشي: ٢٩٦/٣، ١/٦.

(٢) مغني المحتاج: ٢٣٥/٣.

(٣) المغني: ٦٨٩/٦ - ٦٩٠، غاية المنتهى: ٦٠/٣، ٦٢.

وتخير الزوجة فيما إذا بان جزء من الصداق مستحقاً بين أخذ قيمة الشيء كله ، أو أخذ الجزء غير المستحق وقيمة المستحق ؛ لأن الشركة عيب ، فكان لها الفسخ كغيرها من العيوب .

والخلاصة : أن الجمهور يوجبون في حالة استحقاق المهر المعين القيمة ، والشافعية يوجبون مهر المثل .

٢- استحقاق بدل الخلع :

رأي الحنفية^(١) :

لو اختلعت المرأة على شيء معين ، فاستحق ، لزمها قيمته ؛ لأنه تعذر تسليته مع بقاء السبب الموجب لتسليته .

رأي المالكية^(٢) :

إذا خالغ الرجل زوجته على شيء قيمته معين كثوب ، ثم استحق بملك ، فترد له قيمته يوم الخلع ، أما إن خالغها على شيء مثلي غير معين كقمح ، فترد له مثله ، وذلك إذا لم يعلم كلاهما بأنه ملك الغير ، فإن علما معاً أو علم دونها فلا شيء له ، وإن جهلا معاً رجع بالقيمة في القيمي المعين ، وبالمثل في الموصوف في الذمة ، وإن علمت دونه ، فإن كان بدل الخلع معيناً فلا خلع ، وإن كان موصوفاً في الذمة ، رجع بمثل المستحق .

والمغصوب والمسروق كالمستحق ، فيرجع الزوج على امرأته بقيمته إن كان معيناً ، وبمثله إن كان موصوفاً .

(١) فتح القدير : ٢٠٩/٢

(٢) الشرح الكبير والدسوقي : ٢٤٩/٢ وما بعدها .

رأي الشافعية^(١) :

لو خالها على عين معينة كدار، فتلفت قبل القبض، أو خرجت مستحقة، فردها، أو فأتت منها صفة مشروطة، فردها، رجع عليها بمهر المثل. والعوض في يدها كالمهر في يده في أنه مضمون ضمان عقد، وقيل: ضمان يد.

رأي الحنابلة^(٢) :

إذا خال الرجل امرأته على عوض معين، فاستحق وبان غير مملوك لها، فالخلع صحيح؛ لأن الخلع معاوضة بالبضع، فلا يفسد بفساد العوض كالنكاح، ولكن يرجع عليها بقيمته.

ثامناً - الاستحقاق في الوصية والوقف (استحقاق الموصى به والموكوف) :

رأي الحنفية^(٣) :-

أما حكم استحقاق الموصى به فقالوا: من أوصى بأن يباع بيته، ويتصدق بثمنه على المساكين، فباعه الوصي، وقبض الثمن، فاستحق البيت، ضمن الوصي؛ لأنه هو العاقد، فتكون العهدة عليه، وهذه عهدة؛ لأن المشتري منه ما رضي ببذل الثمن إلا ليسلم له المبيع، ولم يسلم، فقد أخذ الوصي البائع مال غيره بغير رضاه، فيجب عليه رده لصاحبه، ويرجع الوصي على تركة الميت؛ لأنه عامل له، فيرجع عليه كالوكيل، ويرجع في جميع التركة، بسبب التغير من الميت، فكان الضمان ديناً على الميت، والدين يقضى من جميع التركة. أما إذا كان البائع هو القاضي أو أمينه فلا

(١) معني المحتاج: ٣/٢٦٥

(٢) المغني: ٧٣/٧.

(٣) فتح القدير بالنسبة للوقف: ٤٦/٥ وما بعدها، تكملة الفتح مع العناية بالنسبة للوصية: ٤٩٨/٨ وما بعدها.

ضمان عليه ، منعاً من تعطيل القضاء ، بسبب الخوف من الغرامة ، فتتعطل مصلحة الأمة .

فإن كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء ، لم يرجع الوصي على التركة بشيء ، لا على الورثة ولا على المساكين إن كان قد تصدق عليهم ؛ لأن البيع لم يقع إلا للميت ، فصار كما إذا كان على الميت دين آخر .

وأما حكم استحقاق الموقوف : فقالوا : لو وقف شيئاً بكامله ثم استحق جزء منه شائعاً ، بطل الوقف عند محمد رحمه الله ؛ لأن بالاستحقاق ظهر أن الشيعو كان مقارناً للوقف ، كما في الهبة إذا وهب الكل ، ثم استحق بعضه ، بطلت لمقارنة الشيعو للهبة .

وإذا بطل الوقف في غير المستحق رجع الموقوف إلى الواقف ، لو كان حياً ، وإلى ورثته إن ظهر الاستحقاق بعد موته .

أما لو كان المستحق جزءاً معيناً ، فلم يبطل الوقف في الباقي ، لعدم الشيعو ، فلهذا جاز في الابتداء أن يقف الباقي فقط .

رأي الشافعية^(١) :

إن أوصى شخص لآخر بثلث بيت معين مثلاً ، فاستحق ثلثاه ، فلموصى له الثلث الباقي ؛ لأن المقصود نفع الموصى له . وقيل : له ثلث الباقي ، وصححه الإسوي . هذا إن احتمله الثلث ، وإلا فله ما يحتمله الثلث .

رأي الحنابلة^(٢)

من أوصى لآخر بثلث شيء معين كبيت ، فاستحق ثلثاه ، فلموصى له ثلث

(١) أسنى المطالب : ٦٢/٣ .

(٢) غاية المنتهى : ٣٧٨/٢ .

الباقى إن خرج من ثلث التركة، وإلا فله ثلث الثلث إن لم تجز الورثة . وهذا متفق مع تصحيح الإسنوي كما تقدم .

المبحث الثالث - حكم استحقاق الأضحية والهدى : رأى الحنفية^(١) :

إن اشترى رجل شاة ليضحى بها ، فضحى بها ، ثم استحقها رجل آخر بالبينة ، فإن أخذها المستحق مذبوحة ، لا تجزئ أضحية عن واحد منها ، وعلى كل واحد منهما أن يضحى بشاة أخرى مادام في أيام النحر ، وإن مضت أيام النحر ، فعلى الذابح أن يتصدق بقيمة شاة وسط ، ولا يلزمه التصدق بقيمة الشاة المشتراة ؛ لأنه بالاستحقاق تبين أن شراءه إياها للأضحية وعدم شرائه سواء . بخلاف ما إذا اشترى شاة للأضحية ، ثم باعها ، فإنه يلزمه التصدق بقيمتها ؛ لأن شراءه إياها للأضحية قد صح ، لوجود الملك ، فيجب عليه التصدق بقيمتها .

وإن ترك المستحق الشاة للذابح ، وضمنه قيمتها ، جاز الذبح ، كما إذا اغتصب شاة إنسان كان قد اشتراها للأضحية ، فضحاها عن نفسه بغير أمر صاحبها ، تجزئ عن الذابح إن ضمنه صاحبها قيمتها حية ؛ لأنه ملكها بالضمان من وقت الغصب بأثر رجعي (أي بالاستناد إلى الماضي) فصار ذابحاً شاة هي ملكه ، فتجزيه ، لكنه يأثم ؛ لأن ابتداء فعله وقع محظوراً ، فتلزمه التوبة والاستغفار . وهذا قول أئمة الحنفية ما عدا زفر .

رأى المالكية^(٢) :

من اشترى شاة ثم ذبحها ، ثم استحقت ، فأجاز المستحق البيع ، أجزأت لفعله ذلك في شيء ضمنه بالعرض الذي وجب للمستحق .

(١) البدائع : ٧٦/٥ وما بعدها .

(٢) الخرشى : ٥٠/٣ .

رأي الشافعية^(١) :

إذا صارت الأضحية معينة بأن قال : هذه أضحية ، أو نذر أضحية معينة ، فقال : « لله علي أن أضحي بهذه البقرة مثلاً » أو « علي أن أضحي بها » ولو لم يقل : لله تعالى ، لزمه ذبحها في وقت الأضحية ، فإن أتلقت هذه الأضحية المعينة أو المنذورة ، لا إن تلفت ، وجب عليه بدلها بأن يشتري بقيمتها مثلها ويدبجها في الوقت المطلوب شرعاً ، والظاهر لدي أن الاستحقاق مثل الإلتلاف . وإن نذر أضحية في ذمته ، ثم عين المنذور كهذا البعير ، فإن تلفت المعينة عن النذر بقي الأصل في ذمته عليه في الأصح ؛ لأن ما التزمه ثبت في الذمة ، والمعين وإن زال ملكه عنه ، فهو مضمون عليه .

رأي الحنابلة^(٢) :

إن اشترى أضحية أو هدياً وعينها ، ثم بانث مستحقة بعد التعيين ، لزمه بدلها ، ولو بانث مستحقة قبل التعيين ، لم يلزمه بدلها ، لعدم صحة التعيين .

(١) مغني المحتاج : ٢٨٩/٤ .

(٢) كشاف القناع : ٩/٣ .

الفصل السادس عشر

المقاصة

فيها مباحث أربعة تشمل : معنى المقاصة ومشروعيتها ، ومحلها ، وأنواعها وأحكامها^(١) .

المبحث الأول - معنى المقاصة ومشروعيتها :

المقاصة لغة : المساواة ، وفقها عرفها ابن جزي^(٢) بأنها اقتطاع دين من دين ، وفيها متاركة ومعاوضة وحوالة . وعرفها الدردير^(٣) بقوله : هي إسقاط مالك من دين على غريمك في نظير مائة عليك بشروط . وهذا تعريف يشمل المقاصة الاتفاقية والمقاصة التي يطلبها أحد الطرفين وإن أبي الآخر . وعرفها الحنابلة بأن يستوي الدينان جنساً وصفة وحلواً وأجلاً وقدرأ .

وعرفها ابن القيم بقوله : المقاصة : سقوط أحد الدئنين بمثله جنساً وصفة^(٤) .

(١) انظر بحث المقاصة للأستاذ محمد سلام مذكور في مجلة القانون والاقتصاد ، العددان الأول والثاني ، السنة

السابعة والعشرون ، والعدد الرابع من السنة التاسعة والعشرين .

(٢) القوانين الفقهية : ص ٢٩٢

(٣) الشرح الكبير : ٢٢٧/٣

(٤) أعلام الموقعين : ٣٢١/١

فإذا كان لخالد دينار عند محمد ، ولمحمد دينار عند خالد ، تلاقى الدينان قصاصاً ، وسقط حق أحدهما في مطالبة الآخر .

والمقاصة مشروعة بالاتفاق بين المذاهب لحديث ابن عمر قال : « أتيت النبي ﷺ ، فقلت : إني أبيع الإبل بالبيع ، فأبيع بالدنانير ، وأخذ الدراهم ، وأبيع بالدراهم ، وأخذ الدنانير ، فقال : لا بأس أن تأخذ بسعر يومها ، ما لم تفترقا ، وبينكما شيء »^(١) .
فقوله : لا بأس فيه دليل على جواز الاستبدال عن الثمن الذي في الذمة بغيره . وقال البارقي في العناية^(٢) : إن هذا الحديث يدل على المقاصة استحساناً ، وهي المقاصة بين الدين والعين ؛ لأن قبض نفس الدين لا يتصور ؛ لأنه عبارة عن مال حكيم في الذمة ، والدين لا يتعين بالتعيين ، فكان قبضه بقبض بدله ، وهو قبض العين . أما القياس فيقتضي ألا تقع المقاصة بين الدين والعين ، لعدم المجانسة .

والعقل يقضي بجواز المقاصة ؛ لأنها الطريقة الوحيدة التي يمكن قضاء الديون بها ، ولا يمكن أن تقضى بسواها . وذكر الشافعية والحنابلة أن التقاص يحصل بنفس ثبوت الدينين ، ولا حاجة إلى الرضا ؛ لأن مطالبة أحدهما الآخر بمثل ما عليه عبث ولا فائدة فيه^(٣) .

المبحث الثاني - محل المقاصة :

الأصل في المقاصة أن تقع بين دينين ، بأن يكون للمدين دين آخر على دائئه ، فيتقاص الدينان ، فلا تقع المقاصة بين عين وعين ولا بين دين وعين .

ولكن صرح الحنفية بمحصول المقاصة بين الدين والعين ، كما بينا ، فمن اشترى

(١) رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن الأربعة) عن ابن عمر (نيل الأوطار : ١٥٦/٥)

(٢) العناية بهامش فتح القدير : ٣٨٠/٥ وما بعدها .

(٣) تحفة المحتاج : ٣٩٦/٢ ، كشاف القناع : ٢٥٣/٢ ، ٢٥٧ .

ديناراً بعشرة دراهم هي دين له على بائع الدينار، وقبض الدينار، وقعت المقاصة بنفس العقد .

والحقيقة أن هذه المقاصة وقعت بين دينين من جنس واحد ، لا بين دين وعين من جنسين ؛ لأن مشتري الدينار لما قبضه ، كان قبضه قبض ضمان بالثمن الذي اتفقا عليه وهو العشرة ، فثبت بالقبض في ذمته مثلها للبائع ، فالتقى الدينان قصاصاً ، وإن كان الظاهر يوهم أن المقاصة وقعت بين دين وعين من جنسين مختلفين . فهذه الصورة وأمثالها من باب مقاصة الدينين . ويمكن القول بأن المقاصة الجبرية لا تكون إلا في دينين^(١) .

أما المقاصة الرضائية أو الاتفاقية بين صاحبي الحقين فإنها جائزة بين دين وعين .

المبحث الثالث - أنواع المقاصة :

المقاصة إما جائزة أو غير جائزة . والجائزة إما جبرية أو اختيارية (اتفاقية) .

أولاً - المقاصة الجبرية وشروطها :

المقاصة الجبرية : هي التي تحدث بنفسها بين دينين متماثلين جنساً وصفة وقدراً وحلولاً وتأجيلاً ، ولا تتوقف على تراضي الطرفين ولا على طلب أحدهما . مثل أن يقترض شخص من آخر نقوداً أو شيئاً يثبت ديناً في الذمة كالمثلثات ، ثم يبيع المقترض لدائنه متاعاً بثمن معجل من جنس الدين الذي عليه ، فتقع المقاصة بين هذين الدينين ، بمجرد ثبوت الدين الثاني ، جبراً على الطرفين ، ولا تتوقف على تراضيها ولا على طلب من أحدهما .

(١) بحث المقاصة للأستاذ المذكور : ص ٩٧ - ١٢ ، العدد الأول من مجلة القانون ، السنة ٢٧

وهي جائزة عند الحنفية والشافعية والحنابلة (الجمهور)^(١) إذا تحققت الشروط وانتفت الموانع . ولم يجز المالكية^(٢) المقاصة الجبرية إلا بناء على طلب أو اتفاق ، وأكثر التعريفات عندهم كان للمقاصة الاتفاقية .

شروط المقاصة الجبرية :

يشترط في المقاصة الجبرية أربعة شروط^(٣) :

أ- **تلاقي الحقين أو الدينين** : هو اجتماعهما في حيِّز واحد أي اجتماعهما لشخص باعتبارين ، بأن يكون الشخص دائئاً بالنسبة لأحدهما ومدينأً بالنسبة للآخر ، فلا تتحقق المقاصة إلا إذا كان كل من المتقاصين دائئاً ومدينأً معاً .

مثاله : لو كان للمشتري على الموكل دين تقع المقاصة لتلاقي الدينين ، ولا تقع المقاصة في دين على ولي أو وصي نظير دين المولى عليه لعدم تلاقي الحقين ، وتقع المقاصة بين دين لحاضنة الصغير ودين عليها ، ولا تقع المقاصة بين الدائن ومدين غريمه ، لعدم التلاقي بين هذين الدينين . ولا تجتمع المقاصة الجبرية مع الحوالة ؛ لأن الحوالة عند الجمهور تنقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه ، فإذا ثبت للمدين على دائئه مثل دينه وقعت المقاصة جبراً ، ولا يبقى عليه دين يحيل به دائئه على آخر ، وإذا ثبت للمدين هذا الدين بعد الحوالة ، لا تقع المقاصة لعدم التلاقي ، فإن دائئه لم يبق دائئاً له ، وصار دائئاً للمحال عليه .

(١) الدر المختار ورد المختار : ٢٥٠/٤ ، الأم للشافعي : ٢٨٨/٧ وما بعدها ، المادة ١٥٤ من مشروع تفنين الشريعة

على مذهب أحمد ، غاية المنتهى : ١١٤/٢ ، كشاف القناع : ٢٩٦/٣ وما بعدها

(٢) الخطاب : ٥٤٩/٤

(٣) ابن عابدين : ٢٥٠/٤ ، كشاف القناع : ٢٩٦/٣ ، ٣٧٣ ، غاية المنتهى : ١١٤/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٩٢ ،

الدسوقي : ٢٢٧/٣ وما بعدها ، فتح العزيز شرح الوجيز : ٢٤١/١٨ ، الأنوار : ٥٢٨/٢ ، بحث المقاصة السابق .

٢- تماثل الدينين^(١): باتحادهما جنساً ونوعاً وصفة وحلولاً وأجلاً. فإذا كان الدينان من جنسين، أو متفاوتين في الوصف، أو مؤجلين، أو أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً، لم تقع المقاصة عند الحنفية، وقال المالكية: تصح المقاصة عند اختلاف الجنس، كأن يكون أحد الدينين عيناً (ذهباً أو فضة) والآخر طعاماً أو عرضاً، أو يكون أحدهما عرضاً والآخر طعاماً، والعرض: ما ليس عيناً (نقداً) ولا طعاماً.

ومن المعلوم أن صنف كل من الدراهم والدنانير جنسان مختلفان عند الحنفية في ظاهر الرواية وعند الشافعية والحنابلة، لكن في المقاصة تعتبر جنساً واحداً استحساناً في رأي بعض مشايخ الحنفية، جاء في الفتاوى الظهيرية: إذا اختلف الجنس وتقاصا، كما لو كان له عليه مئة درهم، وللمديون مئة دينار عليه، فإذا تقاصا تصير الدراهم قصاصاً بمئة من قيمة الدنانير، ويبقى لصاحب الدنانير على صاحب الدراهم ما بقي منها.

وبما أن الأوراق النقدية حلت محل الفلوس الرائجة، فالنقود في زماننا بناء على رأي بعض مشايخ الحنفية تعد جنساً واحداً في المقاصة، عملاً بالعرف في التعامل، والمراعى فيها القيمة لا ذات النقد بخصوصه.

أما عند الشافعية والحنابلة فتعتبر النقود الورقية أجناساً مستقلة بناء على أن صنف الدنانير والدراهم عندهم جنسان، فلا تقع المقاصة بين دينين أحدهما دنانير والآخر دراهم لاختلاف الجنس.

أما تماثل الدينين في الصفات فهو شرط عند الحنفية والحنابلة، ويعنون بذلك الصفات التي يكون لاختلافها اختلاف في القيمة والاتفاع.

(١) الدين: وصف في الذمة، وليس مالاً في الحقيقة عند الحنفية، ولا يطلق عليه اسم المال إلا تجوراً؛ لأنه يصير مالاً بعد قبضه، ولا يصير الشيء ديناً في الذمة إلا إذا أمكن ضبطه بالوصف، بأن يكون من الثلثيات.

واشترط الحنفية أن يكون الدينان حاليين ، فإذا كانا مؤجلين أو كان أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً ، حتى وإن كان أجلهما واحداً ، لم تقع المقاصة الجبرية .

واشترط الشافعية والحنابلة اتفاق الدينين في الحلول وفي قدر الأجل ، فإذا كان أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً ، أو كانا مؤجلين واختلف أجلهما ، لم تقع المقاصة . أما لو كانا مؤجلين لأجل واحد ، فتقع المقاصة في رأي الحنابلة وفي الأصح عند الشافعية .

أما المالكية فقالوا : تجوز المقاصة إن حل الدينان معاً ، ولم تجز إن لم يحلأ أو حل أحدهما دون الآخر إن اختلف الجنس بأن كان أحدهما ذهباً والآخر فضة ، فإن كانا ذهبيين أو فضتين ، جازت المقاصة إذا كان أجل الدينين قد حل ، فإن لم يحلأ أو حل أحدهما دون الآخر ففيه قولان ، والمشهور الجواز بناء على أن المقاصة متاركة تبرأ بها الذمم ، ونظراً إلى بُعد التهمة . هذا إذا كان الدينان من النقد . فإن كان الدينان طعاماً : فإن كانا من قرض ، جازت المقاصة ، سواء حل الأجل أم لم يحل . وإن كانا من بيع ، لم تجز المقاصة ، سواء حل الأجل أم لم يحل ؛ لأنه من بيع الطعام قبل قبضه . وإن كان الدينان عرضين فتجوز المقاصة إذا اتفقا في الجنس والصفة سواء حل الأجل أم لم يحل .

واشترط الفقهاء أيضاً اتفاق الدينين في الجودة والرداءة ، فإن كان هناك تفاوت فيهما لم تقع المقاصة .

واشترط الحنفية تماثل الدينين في القوة والضعف ، فدين النفقة للزوجة لا يقع قصاصاً بدين للزوج عليها إلا بالتراضي ، بخلاف سائر الديون ؛ لأن دين النفقة أدنى .

أما المالكية والشافعية والحنابلة فلم يشترطوا التماثل في القوة .

واشترط الحنفية والشافعية والحنابلة أيضاً التماثل في الرواج والكساد والرخص والغلاء ، فلا تقع المقاصة بنفسها إذا كان أحد الدينين من الدراهم الصحيحة ، والآخر

من الدراهم الغلة : وهي التي يقبلها التجار، ويردها بيت المال ، لا لأنها زائفة ، بل لأنها مكونة من قطع ، وهي التي تسمى مكسرة أو مقطعة^(١) .

اختلاف السببين : ليس من شرط المقاصة في الدينين أن يكون سببا الدينين من نوع واحد ، كأن يكون سبب أحدهما القرض والآخر ثمن مبيع أو أجرة ، فإن كان أحدهما من قرض والآخر ثمن مبيع ، وقعت المقاصة ، وإن اختلف السبب .

وليس من شرط المقاصة في الدينين أن يكون سبب كل منهما جائزاً غير محظور ، فلو كان سبب أحدهما جائزاً كالبيع ، والآخر محظوراً كالغصب أو كان السببان محظورين كالاستهلاك ، وقعت المقاصة ، ولا أثر لعدم مشروعية السبب في منع المقاصة ، بعد توفر السبب : وهو ثبوت الدين في الذمة بحيث صار كغيره من الديون التي يجب الوفاء بها .

٣- انتفاء الضرر :

يشترط في المقاصة الجبرية ألا يترتب على وقوعها ضرر لأحد ، فإذا ترتب عليها ضرر لأحد الطرفين أو لغيرهما ، لم تقع المقاصة . قال الحنابلة^(٢) : من عليها دين من جنس واجب نفقتها ، لم يحتسب به عليها من نفقتها مع عسرتها ؛ لأن قضاء الدين إنما يكون بما فضل عن النفقة ونحوها ، أي أن المقاصة الجبرية بين دين نفقة المرأة ودين عليها لا تقع في حالة الإعسار ؛ لأن النفقة مقدمة على وفاء الدين . وهذا ضرر للمدين .

وتجهيز الميث مقدم على الدين كالنفقة ، فمن باع شيئاً من التركة لدائن الميث من جنس دينه ، لم تقع المقاصة ، مراعاة لحق الميث ودفعاً للضرر ، وهذا ضرر للمدين .

(١) العناية بهامش فتح القدير : ٣٨١/٥

(٢) كشف القناع : ٣٩٧/٣ .

والدين الموثق بالرهن مقدم على غيره من الديون العادية في استيفاء الدين من الرهن ، فلو باع الراهن المرهون لدائن غير مرتتهن ، ليوفي دين المرتتهن ، وكان الثمن مثل الدين الذي للمشتري عليه ، لم تقع المقاصة . وهذا ضرر لمن تعلق حقه بالعين .

وكأ أن ضرر المدين نفسه ، وضرر من تعلق حقه بالعين يمنع من المقاصة ، كذلك يمنع منها تعلق حق باقي الغرماء ، فللقاضي عند الجمهور غير أبي حنيفة أن يجبر على المدين المفلس بطلب غرمائه ، وله أن يمنعه من البيع بأقل من ثمن المثل ، ومن التصرف والإقرار ، حتى لا يضر بالغرماء .

والخلاصة : إذا تعلق بأحد الدينين حق الغير لا تجوز المقاصة . مثال تعلق حق أحد الدينين : أن يبيع الرهن لإيفاء دين الدائن غير المرتتهن ، ومثال تعلق حق الغرماء : أن يبيع المفلس بعض غرمائه بثمن في الذمة من جنس دينه .

فلا مقاصة في الحالتين ، لتعلق حق المرتتهن بالمال في الأولى ، ولتعلق حق باقي الغرماء في المبيع في الثانية .

حق الدائن طالب البيع :

إن باع المدين (المحجوز عليه) شيئاً لإيفاء دين دائن ، وكان المشتري دائناً للمدين البائع بدين من نوع الثمن ، وقعت المقاصة جبراً بين دين البائع ودين المشتري ؛ لأن هذا المدين غير محجور عليه وتصرف المدين غير المحجور عليه نافذ ، ولا حرج على المدين في أن يوفي بعض دائنيه دون البعض الآخر ، ولا مانع يمنع المدين المحجوز عليه من بيع المال المحجوز ، ولا من وقوع المقاصة بثمنه مع المشتري إذا كان غير الدائن طالب البيع الذي حجز له بدينه .

٤- ألا يترتب على المقاصة محذور ديني :

يشترط في المقاصة الجبرية أخيراً ألا يترتب عليها محذور ديني ، كالاتفاق قبل

قبض رأس مال السلم ، والتصرف في المسلم فيه قبل قبضه ، وعدم التقابض في مجلس الصرف وفي الربويات التي يجب أن تكون يبدأ بيد ، والتصرف على قاعدة « ضع وتعجل » ونحو ذلك من المحظورات الشرعية .

ثانياً - المقاصة الاتفاقية :

هي التي تتم بتراضي الطرفين ما لم يترتب على ذلك محذور شرعي ، سواء اتحد جنس الدينين أم لم يتحد ، اتفقت الأوصاف أم اختلفت ، وسواء أكان أحد الحقين ديناً والآخر عيناً .

ثالثاً - المقاصة غير الجائزة :

لا تجوز المقاصة إذا تخلف شرط من شروطها ، ومنها أن يترتب على وقوعها مخالفة حكم شرعي ، ويظهر هذا في بعض مسائل الصرف ، وفي رأس مال السلم ، وفي المسلم فيه ، وفيما إذا وجدت شبهة الربا ، ولو تراضيا .

أ - الصرف^(١) :

إذا وقعت المقاصة بين ديني المتصارفين بعد انتهاء مجلس عقد الصرف ، كانت المقاصة باطلة ؛ لأن عقد الصرف يقع باطلاً ولا يثبت به دين ، فتبطل المقاصة لعدم قيام الدين في ذمة أحد المتقاصين .

وفيما عدا ذلك تكون المقاصة صحيحة ، سواء أكانت بدين سابق ، أم بدين لاحق ، أم بدين ثبت للمدين على دائنه في المجلس من طريق قبض مضمون .

أ - إذا تصارف شخصان بدين سابق أضافا العقد إليه ، جاز ، كما إذا كان لرجل على آخر عشرة دراهم ، فباعه هذا المدين ديناراً بالدرهم العشرة التي هي عليه دين ؛

(١) المبسوط : ١٩/١٤ وما بعدها ، فتح القدير مع العناية : ٢٧٩/٥ وما بعدها ، البدائع : ٢٠٦/٥ ، ٢١٨ ، الدر المختار ورد المحتار : ٢٤٩/٤ وما بعدها .

لأنه بإضافة العقد إلى هذا الدين ، تقع المقاصة بنفس العقد بلا توقف على إرادة العاقدين لها ، ووجه الجواز : أنه جعل ثمن الدينار دراهم لا يجب قبضها ولا تعيينها بالقبض ، وهو جائز إجماعاً ؛ لأن التعيين بالقبض للاحتراز عن ربا النسيئة ، ولا ربا في دين سقط ، إنما الربا في دين يقع الخطر في عاقبته (أي احتمال القبض وعدمه) ، ولذا لو تصارفا دراهم ديناً بدنانير ديناً ، صح لفوات الخطر .

ب - إذا باع المدين بال عشرة التي لدائنه ديناراً بعشرة مطلقة عن التقييد بدين عليه ، ودفع له الدينار ، وتقاصا العشرة الثمن بالعشرة الدين ، جاز استحساناً^(١) ؛ لأنه بالتقايض انفسخ العقد الأول ، وانعقد صرف آخر مضاف إلى الدين ؛ لأنها لما غيرا موجب العقد ، فقد فسخاه إلى آخر اقتضاه ، كما لو جدد البيع بأكثر من الثمن الأول ، أي أن المقاصة تتضمن فسخ العقد الأول ، ويكون الفسخ ثابتاً اقتضاء . وهاتان الحالتان مقاصة في دين سابق .

ج - إذا كان الدين لاحقاً للصرف ، كما لو باع ديناراً لآخر بعشرة دراهم ، وباع مشتري الدينار لبائعه ثوباً بعشرة دراهم في مجلس الصرف ، وسلم الثوب ، ثم تقاصا العشرة بالعشرة في المجلس ، جازت المقاصة في أصح الروايتين ؛ لأن العقد الأول ينفسخ اقتضاء ، لما قصدا إلى المقاصة .

د - إذا حصل الصرف ببيع عين بدين مطلق ، ثم ثبت للمدين على دائنه دين في المجلس من طريق قبض مضمون ، وقعت المقاصة جبراً من غير حاجة إلى تراض ، كما لو استقرض الدائن من المدين مثل الثمن أو غصبه منه ؛ لأن القبض قد تحقق .

ويلاحظ أنه في جميع هذه الحالات ما عدا الصورة الأولى لا بد من وقوع المقاصة قبل انتهاء مجلس عقد الصرف ، فإذا انتهى المجلس بطلت المقاصة لبطلان الصرف كما بينا .

(١) والقياس الذي أخذ به زفر : ألا يجوز ، لكونه استبدالاً يبطل الصرف قبل قبضه .

٢- المقاصة برأس مال السلم :

اتفق الحنفية - على ما عليه عامة الكتب عدا البدائع - والشافعية والحنابلة^(١) على أنه لا تجوز المقاصة برأس مال السلم مع دين آخر مطلقاً، سواء وجب الدين بعقد متقدم أو متأخر عن عقد السلم، ولو تراضيا عليها؛ لأن المقاصة تصرف في دين السلم قبل قبضه، وهو غير صحيح، إذ يشترط قبض جميع رأس مال السلم في مجلس العقد.

٣- المقاصة بالمسلم فيه :

لا تجوز المقاصة أيضاً بالمسلم فيه كما أبان محمد في كتابه «الأصل»^(٢) فمن أسلم إلى رجل في مد حنطة، ثم أسلم الآخر إليه في مد حنطة، وأجلها واحد، وصفتها واحدة أو مختلفة، فلا تصح المقاصة بينهما؛ لأنه يبيع مالم يقبض، فكل منهما لم يقبض شيئاً من مد الحنطة، وإنما أخذ به ديناً عليه، ولا يجوز أن يأخذ إلا رأس ماله أو سلمه الذي أسلم فيه.

فإن كان أولهما سلماً والآخر قرضاً، لا يصير أحدهما قصاصاً في الحال؛ لأن المقاصة عبارة عن المساواة، ولا مساواة بينهما؛ لأن أحدهما معجل، والآخر مؤجل، والمعجل خير من المؤجل، فإن حل أجل السلم، كان أحدهما قصاصاً بالآخر. وإن كان الأول منهما قرضاً والآخر سلماً، فلا مقاصة بينهما، وإن تراضيا على المقاصة.

٤- رأس مال السلم بعد الإقالة :

حكم رأس مال السلم إذا حصلت فيه إقالة كحكم المسلم فيه، وبما أنه لا تجوز المقاصة في المسلم فيه؛ لأنه مبيع منقول لا يجوز التصرف فيه قبل القبض، لا تجوز

(١) تبين الحقائق : ١٤٠/٤ ، الأنوار : ٢٦٥/١ ، كشاف القناع : ٢٩٦/٢ وما بعدها .

(٢) المبسوط : ١٦٨/١٢ .

المقاصة في رأس مال السلم بعد الإقالة، فإن تقايلا السلم، لم يكن له أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئاً حتى يقبضه كله^(١)، لقوله عليه الصلاة والسلام: « لا تأخذ إلا سلكك أو رأس مالك »^(٢) أي عند الفسخ، ولأنه أخذ شهباً بالمبيع، فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه .

هـ- شبهة الربا :

اتفق الأئمة على تحريم ما فيه شبهة الربا، فكل قرض جرنفعاً فهو ربا حرام، وعملاً بمبدأ سد الذرائع المتفق عليه بين الأئمة، وإن اختلفوا في مدها وتطبيقاته . فإذا أدت المقاصة إلى شيء من الربا، كانت غير جائزة .

ومن أمثلتها في بيوع الآجال كما ذكر المالكية^(٣) : باع له عشرة أراذب من الطعام بعشرة دراهم أي إلى أجل، وبعد أن غاب على الطعام وانتفع به، باع لبائعه عشرين أردباً من نوع ما اشتراه بعشرة دراهم، وتقاصا العشرة بالعشرة، لم يجز؛ لأنه أسلفه عشرة أراذب انتفع بها، ثم رد إليه عشرين أردباً، والثن بالثن ملغى؛ لأنه مقاصة، فهو قرض جرنفعاً .

المبحث الرابع - أحكام المقاصة :

يراد بالحكم هنا الأثر المترتب على الشيء أو مقتضاه .

مقتضى المقاصة^(٤) : هو الإسقاط، لكنه ليس إسقاطاً محضاً، وإنما هو إسقاط فيه معنى الوفاء، أي إسقاط بعوض، والعوض هو إسقاط فيه معنى الوفاء، أي

(١) الهداية مع فتح القدير : ٣٤٥/٥ .

(٢) هذا أثر رواه عبد الرزاق عن ابن عمر، وابن أبي شيبة عن عبد الله بن عمرو، وروى أبو داود وابن ماجه عن

أبي سعيد الخدري مرفوعاً إلى الرسول ﷺ : « من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره » (نصب الراية : ٥١/٤) .

(٣) شرح الرسالة : ١٤٠/٢ .

(٤) بحث المقاصة السابق .

إسقاط بعوض ، والعوض هو إسقاط الآخر حقه ، كما هو الحال في الطلاق على الإبراء ، فكل من الطلاق والإبراء إسقاط ، وكل منها في مقابلة الآخر ، فتكون المقاصة إسقاطاً فيها معنى المعاوضة ، قال المالكية : إن المقصود من المقاصة : المعاوضة والإبراء . وقال الحنفية : إن في المقاصة وفاء ، بل الوفاء في نظرهم لا يكون إلا من طريق المقاصة .

وهو إسقاط يقع جبراً ، حتى في المقاصة التي لا تكون إلا عن تراض في رأي الحنفية .

ولكن ما الذي يسقط بالمقاصة ؟ أهو نفس الدين أو المطالبة به ؟

قال الجمهور غير الحنفية : إن المقاصة تسقط الدينين إن كانا متساويين ، وتسقط مقدار الأقل منها إن كانا متفاضلين ، فيسقط من الأكثر بقدر الأقل إن تفاوتاً قدرأ ، وتبرأ الذمم بها براءة إسقاط ، لا براءة مطالبة فحسب .

ويرى الحنفية أن المقاصة لا تسقط أصل الدين ، وإنما تسقط المطالبة به فقط ، أما الدين فيبقى شاغلاً للذمة ، وإن لم تصح المطالبة به ، فهو أشبه بالحق الذي لا تسمع الدعوى به للتقادم ، ويترتب عليه أنه يصح الإبراء من الدين بعد المقاصة براءة إسقاط ، وتصح هبته ، ويصح الخط منه ، ويرجع من تبرع بقضاء دين عن إنسان على من أداه له إذا أبرأه غريمه منه ، بعد هذا ، براءة إسقاط . وهذا في الواقع رأي غريب تأباه العدالة ، فمن أدى دينه إلى غريمه أوقاصه فيه ، لا يفهم منه إلا أنه قام بما يلغي تبعته ، ويظهر ذمته ، لأنه يسعى إلى دفع المطالبة فقط .

وإذا كانت العين خيراً من الدين وتفضله ؛ لأن الدين على خطر التوى والضياع ، فهذا يظهر في دين يبقى دائماً ، لا في دين ثابت يوفيه صاحبه بالعين ، فينقضي بحصول هذا الوفاء . وإذا قلنا بأن الوفاء يثبت به دين في ذمة المستوفي ،

ووجد إذ ذاك دينان متماثلان متلاقيان ، فلم لا يسقط أصل الدين ، وتسقط المطالبة به وحدها^(١) ؟

نقض المقاصة : إذا تمت المقاصة على وجه صحيح ، لا يمكن نقضها لا بالفسخ ولا بغيره ، إذ أن الساقط لا يعود ، فتمى سقط الدين وتلاشى لا يمكن النقض .

لكن قد يطرأ بعد وقوع المقاصة الصحيحة ما يجعل أحد الدائنين لاحق له في استيفاء كل الدين الذي وقعت فيه المقاصة ، فتنقض بالقدر الذي لاحق له في استيفائه ، كما أنه يطرأ بعد وقوعها ما يقتضي زوال أحد الدينين ، فتنقض من أجل ذلك .

مثال الحالة الأولى : إذا كان على رجل ألف دينار قرضاً ، ثم باع المقترض لمقرضه في حال الصحة عيناً كسجادة مثلاً بألف دينار مؤجلة ، ثم مرض المقترض ، وحل الأجل ، وعليه ديون ، وقعت المقاصة .

فإن مات وعليه ديون ، كان الغرماء أسوة المشتري فيما عليه من الثمن . ومعنى هذا أن المقاصة وقعت في حياته بكل الثمن ، إذ لا يمكن للغرماء الاعتراض عليه في حياته ، لعدم تبين أنه في حالة مرض موت ، فإذا مات في مرضه هذا ، تبين أن حق الغرماء متعلق بماله من وقت ثبوت سببه وهو مرض الموت ، فلا يكون للمشتري أن يستوفي من دينه إلا بقدر ما يصيبه مع الغرماء ، وتبطل المقاصة التي وقعت صحيحة في حياة المريض ، بالقدر الذي زاد على حصة المشتري .

ومثال الحالة الثانية : إذا كان على الوكيل دين للمشتري ، يصير الثمن قصاصاً . فإذا لم يسلم الوكيل ما باع حتى هلك المبيع في يده ، بطلت المقاصة ؛ لأن المبيع لما هلك قبل التسليم ، انفسخ البيع من الأصل ، وصار كأن لم يكن .

(١) بحث المقاصة للأستاذ سلام مذكور في مجلة القانون - العدد الرابع للسنة ٢٩ : ص ٢٤ .

الفصل السابع عشر

الإكراه

خطة الموضوع :

الكلام عن الإكراه^(١) في المباحث الأربعة التالية :

المبحث الأول - حقيقة الإكراه ونوعاه .

المبحث الثاني - شروط الإكراه .

المبحث الثالث - أثر الإكراه في التصرفات الحسية .

المبحث الرابع - أثر الإكراه في التصرفات الشرعية .

ونبدأ بها على الترتيب المذكور .

المبحث الأول - حقيقة الإكراه ونوعاه :

حقيقة الإكراه : الإكراه لغة : حمل الغير على أمر لا يرضاه قهراً . وهذا ينافي في المحبة والرضا ، ولذا اقترن الحب والإكراه في قوله تعالى : ﴿ وَعسى أن تكرهوا شيئاً وهو خير لكم ، وعسى أن تحبوا شيئاً وهو شر لكم ﴾ .

وهو في اصطلاح الفقهاء : حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه ، ولا يختار

(١) هناك تشابه بين الإكراه والحجر ، لأن في كل منهما سلب ولاية المختار عن ممارسة تصرفاته (تكله الفتح :

٢٠١٧) .

مباشرة ، لو ترك ونفسه . وقد عرفه السرخسي في المبسوط، بأنه : « فعل يفعله الإنسان بغيره ، فينتفي به رضاه ، أو يزول به اختياره » .

والمقصود بالرضا : هو الارتياح إلى فعل الشيء والرغبة به .

والمقصود بالاختيار : هو ترجيح فعل الشيء على تركه أو العكس .

نوعا الإكراه : الإكراه نوعان : إكراه ملجئ أو كامل ، وإكراه غير ملجئ أو

قاصر .

والإكراه الملجئ : هو الذي لا يبقى للشخص معه قدرة ولا اختيار ، وهو بأن يهدده بما يلحق به ضرراً في نفسه ، أو في عضو من أعضائه . وحكمه : أنه يعدم الرضا ويفسد الاختيار ، مثاله التهديد بالقتل أو التخويف بقطع عضو أو بضرب مبرح (أي شديد) متوال يخاف منه إتلاف النفس أو العضو ، سواء قل الضرب أم كثر .

والإكراه غير الملجئ أو الناقص : هو التهديد بما لا يضر النفس أو العضو ، كالتخويف بالحبس أو القيد ، أو الضرب اليسير الذي لا يخاف منه التلف ، أو إتلاف بعض المال . وحكمه : أنه يعدم الرضا ، ولا يفسد الاختيار^(١) .

وهناك نوع ثالث عند الحنفية وهو الإكراه الأدبي : وهو الذي يعدم تمام الرضا ، ولا يعدم الاختيار ، كالتهديد بحبس أحد الأصول أو الفروع ، أو الأخ أو الأخت ، أو نحوهم . وحكمه أنه إكراه شرعي استحساناً لا قياساً ، كما قرر الكمال بن الهمام من الحنفية ، و يترتب عليه عدم نفاذ التصرفات المكروه عليها^(٢) .

ويرى الشافعي أن الإكراه نوع واحد وهو الإكراه الملجئ ، وأما غير الملجئ فلا

(١) البدائع : ١٧٥/٧ ، تكلية فتح القدير : ٢٩٢/٧ وما بعدها ، تبين الحقائق : ١٨١/٥ ، درر الحكم : ٢٦٩/٢ وما بعدها ، الدر المختار ورد المختار : ٨٨/٥ وما بعدها ، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي للمؤلف : ص ١٨٥ وما بعدها ، الشرح الصغير : ٥٤٦/٢ وما بعدها ، ط دار المعارف .

(٢) بحث الإكراه بين الشريعة والقانون للشيخ زكريا البرديسي : ص ٣٧٢ .

يسمى إكراهاً. قال الشافعية: يحصل الإكراه بتخويف بمحذور كضرب شديد وحبس طويل وإتلاف مال. ويختلف أثره باختلاف أحوال الناس، فلا يحصل الإكراه بالتخويف بالعقوبة الآجلة كقوله: لأضربنك غداً، ولا بالتخويف بالمستحق كقوله لمن عليه قصاص: افعل كذا وإلا اقتصت منك. وشرط الإكراه: قدرة المَكْرَه على تحقيق ما هدد به بولاية أو تغلب عاجلاً ظلماً، وعجز المستكراه عن دفعه بهرب أو غيره وظن أنه إن امتنع من فعل ما أكره عليه حقق المهدد به. ولا ينفذ تصرف المستكراه بغير حق، لكن يقتص منه بمباشرة جناية القتل ونحوه^(١).

المبحث الثاني - شروط الإكراه:

يشترط لتحقيق الإكراه شروط، وهي ما يأتي:

الأول - أن يكون المكره قادراً على تنفيذ ما هدد به، وإلا كان هدياناً، وبناء عليه كان أبو حنيفة يقول: لا إكراه إلا من السلطان؛ لأن غير السلطان لا يتمكن من تحقيق ما هدد به.

وقال الصحابان والأئمة الثلاثة: يتحقق الإكراه من السلطان وغيره؛ لأن إلحاق الضرر بالغير يمكن أن يتحقق من كل متسلط.

وهذا الاختلاف بين الإمام وصاحبيه اختلاف عصر وزمان، لا اختلاف حجة وبرهان، فقد أفتى الإمام بحسب زمانه، ثم تغير الحال في زمان الصحابين، فتغيرت الفتوى على حسب الحال. قال البغدادي: الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما توعد به سلطاناً كان أو غيره^(٢).

الثاني - أن يغلب على ظن المستكراه أن المكره سينفذ تهديده لو لم يحقق ما أكره

(١) تحفة الطلاب للأصاري: ص ٢٧٢.

(٢) مجمع الضمانات: ص ٢٠٤.

عليه ، وأنه عاجز عن التخلص من التهديد بالهرب أو الاستغاثة أو المقاومة .

الثالث- أن يكون الأمر المكروه به متضمناً إتلاف نفس أو عضو أو مال أو متضمناً أذى بعض الناس الذين يهيمه أمرهم ، كالتهديد بحبس الزوجة ، أو الوالدين ، أو يلحق به غمّاً يعدم الرضا بحسب حاله ، فمن الناس من يغتم بكلام خشن ، ومنهم من لا يغتم إلا بالضرب المبرح .

الرابع- أن يكون المستكروه ممتنعاً عن الفعل الذي أكره عليه قبل الإكراه : إما لحقه كبيع ماله ، أو لحق شخص آخر كإتلاف مال الغير ، أو لحق الشرع كشرب الخمر والزنا .

الخامس- أن يكون المهدد به أشد خطراً على المستكروه مما أكره عليه ، فلو هدد إنسان بصفع وجهه إن لم يتلف ماله أو مال الغير ، وكان صفع الوجه بالنسبة إليه أقل خطراً من إتلاف المال ، فلا يعد هذا إكراهاً .

السادس- أن يترتب على فعل المكروه به الخلاص من المهدد به : فلو قال إنسان لآخر : « اقتل نفسك ، وإلا قتلتك » لا يعد هذا إكراهاً عند الجمهور ، والراجح عند الحنابلة ؛ لأنه لا يترتب على قتل النفس الخلاص مما هدد به ، فلا يصح حينئذ للمستكروه أن يقدم على ما أكره عليه .

السابع- أن يكون المهدد به عاجلاً : فلو كان آجلاً لم يتحقق الإكراه ؛ لأن التأجيل مظنه التخلص مما هدد به بالاستغاثة والاحتماء بالسلطات العامة . وهذا شرط عند الحنفية والشافعية وبعض الحنابلة . وقال المالكية : لا يشترط أن يكون المهدد به عاجلاً ، وإنما الشرط أن يكون الخوف حالاً . وهذا هو الأرجح في تقديري .

الثامن- ألا يخالف المستكروه المكروه بفعل غير ما أكره عليه أو بالزيادة عليه ، أو بالنقصان عنه ، فإن خالفه في هذه الأحوال الثلاثة ، كان طائعاً فيما أتى به ، فلا يكون مستكروهاً . وهذا رأي الشافعية والمالكية .

فلو أكره إنسان شخصاً على طلاق امرأته، فباع داره، أو أكرهه على طلقة واحدة رجعية، فطلقها ثلاثاً، أو أكرهه على طلاق امرأته ثلاثاً، فطلقها واحدة، فهذه الصور الثلاث نافذة عندهم لأنها ليست من الإكراه في شيء.

وقال الحنفية والحنابلة: المخالفة بالنقصان، بأن أتى الشخص أنقص مما أكره عليه، تجعل الشخص مكرهاً غير مختار، أما في حالة الزيادة أو فعل غير المكره عليه فلا تجعله مكرهاً، وإنما يكون مختاراً، كما قال الشافعية والمالكية.

التاسع - اشترط الشافعية أن يكون المكره عليه معيناً بأن يكون شيئاً واحداً، فلو أكره إنسان على طلاق زوجته « فلانة » عد هذا إكراهاً، أما لو أكره على طلاق إحدى امرأته، أو على قتل زيد أو عمرو، فلا يعد هذا إكراهاً.

ولم يشترط الحنفية والمالكية والحنابلة هذا الشرط، فلو أكره رجل على أن يطلق إحدى امرأته، فطلق واحدة منهما، كان مكرهاً، وهو الرأي الأرجح لدي.

العاشر - ألا يكون المهذب به حقاً للمكره يتوصل به إلى ما ليس حقاً له ولا واجباً: فإذا كان المكره به حقاً للمكره يتوصل به إلى ما ليس حقاً له ولا واجباً كتهديد الزوج زوجته بطلاقها إن لم تبرئه من دينها، فلا يكون إكراهاً، وقال بعضهم: يعتبر إكراهاً لأن الزوج سلطان زوجته، فيتحقق منه الإكراه.

وهذا الشرط عند المتأخرين من الشافعية، ويوافقهم الحنفية فيه. أما الإمام أحمد فلم يشترط هذا الشرط، فالإكراه يتحقق عنده، ولو كان المهذب به حقاً للمكره^(١). وهذا هو المعقول.

(١) راجع البدائع: ١٧٦٧، تكملة فتح القدير: ٢٩٢٧، الكتاب مع اللباب: ١٠٧/٤، تبين الحقائق: ١٨٢/٥، الدر المختار مع حاشية ابن عابدين عليه: ٨٩/٥ وما بعدها، بحث الإكراه بين الشريعة والقانون للأستاذ زكريا البرديسي: ص ٧ وما بعدها، مغني المحتاج: ٢٨٩/٢ وما بعدها، المغني: ٦٢٠/٧، القوانين الفقهية: ص ٢٢٧ وما بعدها.

والخلاصة : اتفق الشافعية والحنابلة على شروط ثلاثة للإكراه هي أولاً - قدرة المكره على تحقيق ما هدد به بسلطان أو تغلب كاللص ونحوه . وثانياً - عجز المستكره عن دفع الإكراه بهرب أو غيره ، وأن يغلب على ظنه نزول الوعيد به إن لم يجبه إلى ماطلبه . وثالثاً - أن يكون مما يستضر به ضرراً كثيراً كالقتل والضرب الشديد ، والقيود والحبس الطويلين ، وإتلاف مال ونحوه . أما الشتم أو السب فليس بإكراه . واشترط الشافعية أيضاً أن يكون الإكراه بغير حق .

المبحث الثالث - أثر الإكراه في التصرفات الحسية (أي الفعلية أو الوقائع المادية) :

الذي يقع عليه الإكراه من الفعل أو الترك : إما أن يكون من الأمور الحسية أو من الأمور الشرعية ، والمكره به في كل منها : إما معين أو مخير فيه . أما التصرفات الحسية المعينة فيتعلق بها حكمان : أحدهما بالنسبة للآخرة ، والثاني بالنسبة للدنيا .

أما أحكام الآخرة في التصرفات الحسية المكره عليها ، فتختلف بحسب نوع التصرف ، وأنواع التصرف الحسي ثلاثة : مباح ، ومرخص فيه ، وحرام .

١ - التصرف الحسي المباح بالإكراه : هو أكل الميتة والدم ولحم الخنزير وشرب الخمر ، وحكمه أنه يختلف بحسب نوع الإكراه : فإن كان الإكراه ملجئاً أو تاماً كالتهويل بالقتل أو قطع العضو ونحوه ، فتباح هذه الأفعال ؛ لأن الله تعالى أباحها عند الضرورة ، فقال سبحانه ﴿ إلا ما اضطررتم إليه ﴾ فلو امتنع المستكره عن تناولها حتى قتل يؤاخذ به ؛ لأن امتناعه إلقاء بالنفس إلى التهلكة ، والله تعالى يقول : ﴿ ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة ﴾ .

وإن كان الإكراه ناقصاً كالتهديد بالحبس والضرب اليسير ، فلا يباح الإقدام

عليها، ولا يرخص فيها أيضاً، حتى إنه يأثم بالإقدام عليها؛ لأنه يجب عليه تقديم حق الله تعالى على حق نفسه^(١).

والخلاصة: أن هذه التصرفات لا تباح إلا بالإكراه الملجئ.

٢- التصرف الحسي المرخص بالإكراه: هو إجراء كلمة الكفر على اللسان مع اطمئنان القلب بالإيمان، أوسب النبي محمد ﷺ، أو الصلاة إلى الصليب، أو إتلاف مال المسلم، فهذه الأمور لا تباح، ولكن يرخص فعلها عند الإكراه التام، وإن امتنع المستكره عن فعلها حتى قتل، كان مثاباً ثواب الجهاد؛ لأن تحريمها لم يسقط عن فاعلها. وأما إن كان الإكراه ناقصاً، فلا يرخص فيها أصلاً، ويحكم بكفر فاعلها، وإن كان قلبه مطمئناً بالإيمان، وهذا مذهب الحنفية والمالكية. وعليه، لا يرخص بهذا التصرف إلا في حالة الإكراه الملجئ.

ورخص الشافعية والحنابلة والظاهرية التلفظ بالكفر عند الإكراه الناقص؛ لأن الكثير من حوادث الإكراه على الكفر في بدء الإسلام كانت إكراهاً ناقصاً، فهذا هو الراجح إذاً من الرأيين.

والترخيص بإجراء كلمة الكفر عند الإكراه التام ثابت بقوله تعالى: ﴿من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ولكن من شرح بالكفر صدراً فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم﴾. وهذا هو مذهب الجمهور والظاهرية.

أما المالكية: فلا يبيحون إجراء كلمة الكفر على اللسان إلا في الإكراه على القتل فقط، أما الإكراه بقطع عضو، فلا يعتبرونه مبيحاً لإجراء كلمة الكفر على اللسان.

(١) البدائع: ١٧٦٧، تبين الحقائق: ١٨٥/٥، الدر المختار: ٩٢/٥، تكملة فتح القدير: ١٩٨٧، الكتاب مع اللباب: ١١٠/٤.

ويلاحظ أن الامتناع عن الكفر أفضل بدليل ما روي أن مسيئة الكذاب أخذ اثنين من أصحاب رسول الله ﷺ، فقال لأحدهما: ما تقول في محمد؟ قال: رسول الله، قال: فما تقول في؟ قال: وأنت أيضاً، فخلى سبيله. وقال للآخر: ما تقول في محمد؟ قال: رسول الله، قال: فما تقول في؟ قال: أنا أصم، لا أسمع، فأعاد عليه ثلاث مرات، فأعاد جوابه، فقتله، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ، فقال: «أما الأول فقد أخذ برخصة الله تعالى، وأما الثاني فقد صدع بالحق، فهنيئاً له»^(١).

وأما الترخيص بسب النبي ﷺ عند الإكراه، فهو جائز لما روي أن عمار بن ياسر رضي الله عنهما، لما أكرهه الكفار على سب محمد ﷺ رجع إلى رسول الله، فقال له: ما وراءك يا عمار؟ قال: شري يا رسول الله، ما تركوني حتى نلت منك، فقال له الرسول ﷺ: «إن عادوا فعد»^(٢).

ولو امتنع المستكره عن سب النبي حتى مات كان مأجوراً بدليل ما روي من قصة خبيب، فقد أخذه المشركون وباعوه من أهل مكة، فأخذوا يعاقبونه على أن يذكر آهنتهم بخير، ويسب محمداً، فلم يسب إلا آهنتهم، ولم يذكر محمداً إلا بخير، ولما يتسوا من كفره، أجمعوا على قتله، فسألهم أن يصلي ركعتين، فأوجز في صلاته حتى لا يظنوا أنه يخشى الموت، ثم سأله أن يلقوه على وجهه ليموت وهو ساجد، فأبوا عليه ذلك، فرفع يديه إلى السماء، ثم قال: اللهم إني لا أرى إلا وجه عدو، فاقراً رسول الله مني السلام، ثم قال: اللهم أحص هؤلاء عدداً، واجعلهم بدداً، ولا تبق منهم أحداً، ثم أنشأ يقول:

ولست أبالي حين أقتل مسلماً
على أي جنب كان في الله مصرعي

(١) تفسير القرطبي: ١٨٩/١٠، التلخيص الحبير: ص ٣٧١.

(٢) رواه الحاكم والبيهقي وأبو نعيم وعبد الرزاق وإسحاق بن راهويه وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه (راجع نصب الراية: ١٥٨/٤).

فلما قتلوه وصلبوه ، تحول وجهه نحو القبلة ، فقال فيه الرسول ﷺ : « هو سيد الشهداء ، وهو رفيقي في الجنة »^(١) .

فهذا دليل على أن الامتناع عن شتم النبي أفضل^(٢) .

وأما إتلاف مال المسلم : فيرخص فيه عند الإكراه التام ؛ لأن مال الغير يستباح للضرورة ، كما في حال الخصة ، والضرورة متحققة هنا ؛ لأن الإكراه نوع منها . غير أن أثر الرخصة يظهر في سقوط المؤاخذة الأخروية ، لا في سقوط أصل الحرمة ؛ إذ الحرمة قائمة بقوله ﷺ : « كل المسلم على المسلم حرام : دمه وماله وعرضه »^(٣) والمراد بالإكراه التام في إتلاف المال : هو الإحراق أو ما في معناه عند الشافعية والحنفية والحنابلة في المعتمد عندهم .

ويرى المالكية والظاهرية أنه لا يرخص في الإحراق لتعلق حق العبد به^(٤) ؛ لأن الشارع حرم إضرار الغير ، قال ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار »^(٥) .

(١) روى قصة القتل أحد البخاري وأبو داود والنسائي عن أبي هريرة (راجع نصب الراية ، المرجع السابق : ص ١٥٩ ، نيل الأوطار : ٢٥٢/٧ وما بعدها) ، وقول الرسول « هو سيد الشهداء . . الخ » حديث غريب كما قال الزيلعي ، لأن المعروف أن حزة سيد الشهداء كما روى الحاكم .

(٢) المراجع السابقة : البدائع : ص ١٧٦ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ص ٢٩٩ تبين الحقائق : ص ١٨٦ ، الدر المختار : ص ٩٣ ، الكتاب مع اللباب : ١١٠/٤ الموافقات : ٣٢٥/١ ، الوسيط في أصول الفقه للمؤلف : ص ١٠٩ وما بعدها ، الشفاء للقاضي عياض : ٢٢٢/٢ ، بحث الإكراه للأستاذ البرديسي : ص ٥٩ وما بعدها .

(٣) رواه مسلم عن أبي هريرة (الأربعين النووية : ص ٧٦ وما بعدها) .
(٤) تكملة فتح القدير : ٣٠٢/٧ ، الدر المختار : ٩٣/٥ ، بحث الإكراه : ص ٥٣ وما بعدها ، والمراجع السابقة .

(٥) رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرها مسنداً عن أبي سعيد الخدري ، ورواه مالك في الموطأ مرسلأ ، وله طرق يقوي بعضاً عن جماعة آخرين من الصحابة (مجمع الزوائد : ١١٠/٤ ، سبل السلام : ٨٤/٣ ، الإلمام : ص ٣٦٣ ، المقاصد الحسنة : ص ٤٦٨) .

٣- التصرف الحسي الحرام الذي لا يباح ولا يرخص بالإكراه :

هو قتل المسلم بغير حق أو قطع عضو من أعضائه ولو أنملة ؛ لأن القتل حرام محض ، قال تعالى : ﴿ ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ﴾ ، ولأن الاعتداء حرام أيضاً ، قال تعالى : ﴿ والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتاناً وإثماً مبيناً ﴾ ، والتحريم سواء أكان الإكراه ناقصاً أم كاملاً .

ومثله أيضاً : ضرب الوالدين قل أو كثر ، فإنه لا يباح بالإكراه ؛ لأنه حرام ، قال تعالى : ﴿ فلا تقل لها أف ولا تنهرهما ﴾ والنهي عن التأفيف نهي عن الضرب من باب أولى ، فلو فعل شيئاً مما ذكر أثم .

وكذلك أيضاً : الزنا ، فإنه لا يباح ولا يرخص للرجل بالإكراه مطلقاً ، ولو فعل أثم ؛ لأن حرمة الزنا ثابتة عقلاً ، قال تعالى : ﴿ ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلاً ﴾ . وكذا المرأة لا يرخص لها أيضاً عند الإكراه ولو كان تاماً ، كما رجح الكاساني صاحب البدائع ^(١) .

والخلاصة : أن الكفر والقتل والزنا لا يباح بحال ، وإن رخص بالنطق بالكفر .

وأما الأحكام الدنيوية في هذه الأنواع الثلاثة فهي ما يأتي ^(٢) :

١- النوع الأول ، وتتكلم فيه عن :

أ- الإكراه على شرب الخمر : إذا كان الإكراه تاماً فلا يجب الحد على المستكره على شرب الخمر اتفاقاً ؛ لأن الحد شرع زاجراً عن الجناية في المستقبل ، والشرب المكروه عليه ليس جنائية ، بل هو مباح .

(١) راجع البدائع : ١٧٧/٧ ، تكملة فتح القدير : ٢٠٢/٧ ، ٢٠٦ ، تبين الحقائق : ١٨٦/٥ وما بعدها ، ١٨٩ ، الدر المختار : ٩٣/٥ وما بعدها ، الكتاب مع اللباب : ١١٢/٤ وما بعدها .

(٢) المراجع السابقة المذكورة عند تفصيل كل نوع من أنواع التصرفات الحسية .

ولا تنفذ تصرفات السكران المكروه على الشرب عند جمهور الفقهاء ؛ لأن نفاذ تصرفات السكران حالة الاختيار عند القائلين به^(١) كان تغليظاً عليه وزجراً له ، ولا معنى للتغليظ في حالة الإكراه ؛ لأنه ليس قائم العقل ، فهو كالجنون .

وأما إذا كان الإكراه ناقصاً فيجب الحد عند الحنفية ؛ لأن شرب الخمر حينئذ يعتبر حراماً ، فيطبق عليه حكم الشرب .

وقال جمهور الفقهاء : لا يجب الحد على المستكره على شرب الخمر إكراهاً ناقصاً ، لقوله ﷺ : « إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »^(٢) .

ب- الإكراه على السرقة : إذا كان الإكراه تاماً فلا إثم على السارق المستكره ، ولا حد عليه للحديث السابق : « رفع عن أمتي . . . » . ولأن الحدود تدرأ بالشبهات . وإن كان الإكراه ناقصاً ، فلا يرتفع الإثم ولا الحد عند بعض الفقهاء (الحنفية) ، إذ لا ضرورة لفعل السرقة ، ويرى جمهور الفقهاء أنه لا إثم ولا حد ، عملاً بمقتضى إطلاق الحديث السابق : « رفع عن أمتي » فهذا الحديث ناطق بالعفو عن موجب الإكراه مطلقاً : تاماً أو ناقصاً .

(١) الراجح من مذهب الشافعية ورواية أحمد : هو نفاذ تصرفات السكران باختياره مطلقاً . والحنفية يرون نفاذ تصرفات السكران مختاراً ما عدا الردة ، والإقرار بما يحتمل الرجوع كحد الزنا ، والمالكية يرون نفاذ التصرفات ما عدا الإقرارات والعقود في المشهور من المذهب . والظاهرية ورواية عن أحمد يرون عدم نفاذ التصرفات مطلقاً .

(٢) رواه الطبراني في الكبير عن ثوبان وأبي الدرداء ، وأخرجه ابن ماجه وابن حبان والحاكم عن ابن عباس مرفوعاً ، ورواه ابن ماجه أيضاً عن أبي ذر ، ورواه أبو نعيم عن ابن عمر ، بلفظ « إن الله وضع » إلا حديث أبي الدرداء وثوبان فهو بلفظ « إن الله تجاوز عن أمتي . . . » وذكره ابن عدي عن أبي بكر بلفظ « رفع الله عن هذه الأمة ثلاثاً » ورواه الطبراني في الأوسط عن عقبه بلفظ « وضع عن أمتي . . . » وفيه ابن لهيعة ، وفيه ضعف . فلفظ « رفع عن أمتي . . . » ليس موجوداً (نصب الراية : ٦٢/٢ التلخيص الحبير : ص ١٠٩ ، مجمع الزوائد : ٢٥٠/٦) .

٢- النوع الثاني وفيه بحثان :

أ- الإكراه على الكفر: إذا كان الإكراه تاماً ، فلا يحكم بالردة ، ولا تبين امرأة المستكره اتفاقاً بين الفقهاء ، ما عدا المالكية فيما إذا كان التهديد بغير القتل ، وأقدم المهدد على الكفر ، فإنه يرتد عندهم ؛ لأن غير القتل أقل خطورة من الكفر .

وإن كان الإكراه ناقصاً ، وتلفظ المستكره بالكفر لا يصبح مرتدأ عند الشافعية والحنابلة والظاهرية ، عملاً بقوله تعالى : ﴿ من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان . . . ﴾ الآية .

وقال المالكية والحنفية : يحكم بكفر المستكره إكراهاً ناقصاً ، ويصبح مرتدأ تلحقه أحكام المرتدين ؛ لأنه ليس بمكره حقيقة بل أقدم على ما أقدم عليه لدفع الغم عن نفسه لا للضرورة . ويظهر أن الرأي الأول أرجح عملاً بالنص .

ويجري هذا الخلاف في الإكراه على الصلاة للصليب أو على السجود للصنم .

وإذا كان الإكراه على الكفر لا يجعل المستكره كافراً ، فإن الإكراه على الإسلام يجعل المستكره مسلماً ، والفرق بين الحالتين : أن الإيمان في الحقيقة تصديق ، والكفر تكذيب ، وذلك يحصل في القلب ، والإكراه لا شأن له بالقلب ، ففي حالة الاختيار جعل اللسان دليلاً على ما في القلب ظاهراً ، وفي حالة الإكراه على الكفر لا يجعل اللسان دليلاً على ما في القلب ؛ لأن الإيمان أمر قلبي ، أما في حالة الإكراه على الإسلام ، فيحكم بالإسلام مع احتمال أنه كافر في قلبه ؛ لأن ترجيح جانب الإسلام إعلاء الدين الحق ، وإعلاء الدين الحق واجب^(١) ، قال عليه الصلاة والسلام : « الإسلام يعلو ولا يعلى عليه »^(٢) .

(١) البدائع : ١٧٨/٦ ، بحث الإكراه للأستاذ البرديسي : ٦١ - ٦٧ ، تكملة فتح القدير : ٣٠٧/٧ ، المغني : ١٤٥/٨ ، الكتاب مع اللباب : ١١٤/٤ .

(٢) أخرجه الدارقطني عن عائذ عن عمرو بن المزني ، وفيه مجهولان ، ورواه الطبراني والبيهقي عن عمر ، ورواه نيشل عن معاذ ، وروي موقوفاً على ابن عباس (راجع نصب الراية : ٢١٢/٣ ، سبل السلام : ٦٧/٤) .

ويلاحظ أن الذي يجوز إكراهه على الإسلام هو الحرابي عند جمهور العلماء ، وكذا يجوز إكراه الذمي والمستأمن عند الحنفية ، ولا يجوز إكراههما عند جمهور العلماء ، والأدلة تعرف في كتب الفقه المطولة ، والراجح مذهب الجمهور في الذمي ، كما أن الراجح في تقديري هو أن الحرابي أيضاً لا يكره على الإسلام كما يقرر جماعة من العلماء لقوله تعالى : ﴿ لا إكراه في الدين ﴾^(١) .

ب - الإكراه على إتلاف المال : إذا أكره شخص غيره على إحراق أثاث منزل لأخر مثلاً ، فإن كان الإكراه تاماً ، فالضمان على المكره عند الحنفية والحنابلة في الأرجح عندهم وبعض الشافعية ؛ لأن المستكره مسلوب الإرادة ، وما هو إلا آلة للمكره ، ولا ضمان على الآلة اتفاقاً .

وقال المالكية والظاهرية وبعض الشافعية : الضمان على المستكره ؛ لأنه يكون في هذه الحالة كالمضطر إلى أكل طعام الغير ، بجماع الإباحة في كل منهما ، وكما يجب ضمان المضطر يجب ضمان المستكره .

وقال الشافعية في الأرجح عندهم وفي وجه عند الحنابلة : الضمان على المكره والمستكره ؛ لأن الإتلاف صدر من المستكره حقيقة ، ومن المكره بالتسبب ، والتسبب في الفعل والمباشرة سواء ، لكن يستقر الضمان في النهاية على المكره في الأصح .

وإن كان الإكراه ناقصاً : فالضمان على المستكره عند الحنفية والمالكية والظاهرية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة ؛ لأن الإكراه الناقص لا يسلب الاختيار أصلاً ، فلم يكن المستكره مجرد آلة للمكره ، فكان الإتلاف من المستكره ، فوجب الضمان عليه^(٢) .

(١) راجع آثار الحرب في الفقه الإسلامي - الطبعة الثانية ، للمؤلف : ص ٧٨ .

(٢) المراجع السابقة ، البدائع : ص ١٧٩ ، جمع الضمانات : ص ٢٠٥ للباب شرح الكتاب ، ١١٢/٤ ، تكللة فتح

التقدير : ٢٠٢/٧ ، تبين الحقائق : ص ١٨٦ ، المحلى لابن حزم : ٣٨١/٨ ، الأشباه والنظائر للسيوطي =

٣- النوع الثالث ، وفيه بحثان :

أ- الإكراه على القتل : اتفق الفقهاء على تأثيم من أكره على القتل ، فقتل ، واختلفوا في القصاص منه إذا كان الإكراه تاماً .

فقال أبو حنيفة ومحمد ، وداود ، وأحمد في رواية ، والشافعي في أحد قوليه : لا قصاص على المستكره ، وإنما يقتص من المكره ، ويعزر المستكره فقط ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « عفوت عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » والعفو عن الشيء عفو عن مقتضاه ، فكان مقتضى ما أكره عليه عفواً ، ولأن المستكره مجرد آلة للمكره ، إذ القاتل في المعنى هو المكره ، وإنما الموجود من المستكره صورة القتل ، فأشبهه المستكره الآلة ، ولا قصاص على الآلة .

وقال زفر وابن حزم الظاهري : يقتص من المستكره ؛ لأن القتل وجد منه حقيقة حساً ومشاهدة ، ولأنه أتى محرماً عليه إتيانه . وأما المكره فهو متسبب ، ولا قصاص بالتسبب عندهم ، ورجح الطحاوي هذا الرأي .

وقال أبو يوسف : لا يقتص من المستكره ولا من المكره ، للشبهة لأن المكره ليس بقاتل حقيقة وإنما هو مسبب للقتل ، وإنما القاتل هو المستكره ، ولما لم يجب القصاص على المستكره ، فلأن لا يجب على المكره أولى . وإنما يجب على المكره الدية ولا يرجع على المستكره بشيء .

وقال المالكية والشافعية في الأرجح ، والحنابلة في المذهب عندهم : يقتص من المكره والمستكره ؛ لأن المستكره وجد منه القتل حقيقة ، والمكره متسبب في القتل ، والمتسبب كالمباشر كما ثبت شرعاً .

= ص ١٧٩ ، قواعد الأحكام : ١٣٢/٢ ، تهذيب الفروق : ٢٠٢/٢ ، الفروق : ٢٠٨/٢ ، كشاف القناع : ٩٨/٤ ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي : ٤٤٤/٣ ، القواعد لابن رجب : ص ٢٨٦ .

ويظهر أن الرأي الأول أرجح الآراء ، وهو مذهب أبي حنيفة .

وأما إذا كان الإكراه ناقصاً فيجب القصاص على المستكره بلا خلاف ؛ لأن الإكراه الناقص لا يسلب الاختيار ، فلا يمنع وجوب القصاص^(١) .

وأما الدية حال الإكراه : ففي وجوبها روايتان عند الحنفية أرجحها أنها تجب على المكره .

وأما الإرث : فلا يمنع منه المستكره الذي أكره على قتل مورثه عند أئمة الحنفية ما عدا زفر .

والمستكره على قطع يد إنسان إذا قطعها يجري فيه الخلاف المذكور في الإكراه على القتل .

فإذا أذن المجني عليه للمستكره بقطع يده أو قتله ، فلا يباح له الفعل ؛ لأن هذه الجنايات لا تباح بالإذن . فإن تم القطع في هذه الحالة ، فلا ضمان على أحد ، لوجود الإذن من جهة المجني عليه ، وأما في القتل فلا عبرة بالإذن ، وتجب حينئذ الدية على المكره ، كما في ظاهر الرواية . وفي رواية : لا تجب^(٢) .

ب- الإكراه على الزنا : الإكراه على الزنا إما أن يقع على المرأة أو على الرجل .

فإذا أكرهت المرأة على الزنا : فلا يقام عليها الحد عند جمهور الفقهاء ، سواء أكان الإكراه تاماً أم ناقصاً ، لقوله تعالى : ﴿ ولا تكررهن فتياتكم على البغاء إن أردن

(١) المراجع السابقة ، مغني المحتاج : ٧/٢ ، ٢٨٩/٣ ، قواعد الأحكام : ١٣٢/٢ ، القواعد لابن رجب : ص ٢٨٧ ، المغني : ٦٤٥/٧ .

(٢) البدائع : ١٨٠/٧ ، مجمع الضمانات : ص ٢٠٤ - ٢٠٥ ، اللباب شرح الكتاب : ١١٢/٤ ، مختصر الطحاوي : ص ٤٠٩ وما بعدها .

تخصناً لتبتغوا عرض الحياة الدنيا ومن يكرههن فإن الله من بعد إكراههن غفور رحيم ﴿ فدللت الآية على انتفاء الإثم عن المرأة المكرهة على الزنا، وإذا انتفى الإثم عنها ارتفع الحد .

وإذا أكره الرجل على الزنا إكراهاً تاماً أو ناقصاً، فالختار عند الحنابلة وجوب الحد عليه ؛ لأن الزنا لا يتحقق إلا بانتشار العضو، والانتشار لا يكون مع الخوف، فحيث يوجد الانتشار، توجد الطواعية في الفعل، فيكون المستكره على الزنا إذا حدث منه طائعاً، فيجب عليه الحد .

والواقع أن الانتشار ليس دليلاً على الاختيار؛ لأن الانتشار طبيعي عند مقابلة المرأة، ولذا يحدث للنائم ولا اختيار له .

وقال الشافعية في المعتمد عندهم: لا يجب الحد على المستكره على الزنا سواء أكان الإكراه تاماً أم ناقصاً؛ لأن الإكراه أياً كان نوعه يورث شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات .

وأما الحنفية: فكان أبو حنيفة يرى وجوب الحد على المستكره على الزنا، ثم قال: إذا كان الإكراه تاماً - وهو الذي يتحقق فقط من السلطان بحسب عرف زمانه - فلا يجب الحد . وأما إكراه غير السلطان فيوجب الحد . وقال صاحبان: لا يجب الحد حالة الإكراه التام، سواء أكان الإكراه من السلطان أم من غيره، ورأيها هو الأرجح عند الحنفية . وهو رأي أبي حنيفة أخيراً .

وإن كان الإكراه ناقصاً: فيجب الحد عند أبي حنيفة وصاحبيه؛ لأن الإكراه الناقص لا يسلب الاختيار، فيكون الزاني في هذه الحالة مختاراً، فيحد .

والخلاصة: أن الحنفية لا يوجبون الحد في حالة الإكراه التام، ويوجبونه في حالة الإكراه الناقص .

وقال المالكية: إن كان الرجل والمرأة مكرهين على الزنا فيجب الحد. وإن كانت المرأة طائعة ولم تكن ذات زوج، فقد أسقطت حقها برضاها، فلم يبق سوى حق الله تعالى، وحق الله يسقط بالإكراه، فلا يجب الحد عند بعض المالكية إذا كان التهديد بالقتل. أما بغير القتل فيجب الحد، وهذا هو المفتى به. والمشهور في المذهب: وجوب الحد على الرجل والمرأة.

وكذلك يحد المكره على الزنا في مذهب الحنابلة.

والذي يظهر هو رجحان مذهب الشافعية؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات^(١).

الإكراه على أحد أمرين: كل ما ذكرناه إذا كان التصرف الحسي المكره عليه معيناً، فإن كان المكره عليه مخيراً فيه: فبالنسبة للحكم الأخرى يظل المباح والمرخص فيه والحرام كما هو في حالة التعيين، ولكن عليه اختيار الأخف، فإذا أكره إنسان على أكل ميتة أو قتل مسلم، يباح له الأكل، ولا يرخص له القتل، ولو امتنع من الأكل حتى قتل يأثم. ولو أكره على إتلاف مال إنسان أو قتله رخص له الإلتلاف.

ولو أكره على القتل أو الزنا لا يرخص له أن يفعل أحدهما، ولا يأثم إذا قتل.

ولو أكره على القتل أو الكفر يرخص له إجراء كلمة الكفر إذا كان قلبه مطمئناً بالإيمان.

وأما بالنسبة للحكم الديني: فقد يختلف الحكم بالتخيير عن حالة التعيين، فلو أكره على أكل الميتة أو قتل المسلم، فلم يأكل وقتل، يجب القصاص على المستكره عند الحنفية؛ لأنه أمكنه دفع الضرورة بتناول المباح، فكان القتل حاصلًا باختياره.

ولو أكره على الكفر أو القتل، فقتل ولم يكفر بلسانه، فالقياس: أنه يجب عليه

(١) البدائع: ١٨٠/٧، تكملة فتح القدير: ٣٠٦/٧، مختصر الطحاوي: ص ٤١٠، الدر المختار: ٩٥/٥، تبين الحقائق: ١٨٩/٥ بحث الإكراه للأستاذ البرديسي: ص ٥٦ وما بعدها، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه: ٣١٨/٤، المغني: ٢٥١/٥.

القصاص ؛ لأنه اختار القتل الذي هو حرام على المرخص فيه ، ومقتضى الاستحسان .
أنه لا قصاص عليه ، ولكن تجب عليه الدية ، إن لم يكن عالماً أنه مرخص له بلفظ
الكفر^(١) .

المبحث الرابع - أثر الإكراه في التصرفات الشرعية : (أي في التصرفات القولية أو التصرفات القانونية) .

نبدأ الكلام على التصرفات الشرعية المعينة وتقول :

التصرفات الشرعية المعينة إما أن تكون إنشاء أو اقراراً . والتصرفات الإنشائية
نوعان : نوع لا يحتمل الفسخ ، ونوع يحتمل الفسخ .

أما التصرفات التي لا تحتمل الفسخ : فهي كالطلاق والنكاح والظهار واليمين
والعفو عن القصاص . وقد أوصلها بعض الحنفية إلى عشرين ، والتحقيق أنها خمسة
عشر^(٢) .

وأما التصرفات التي تحتمل الفسخ : فهي كالبيع والإجارة ونحوهما من كل
تصرف يعتبر سبباً للملك .

أولاً - التصرفات التي لا تحتمل الفسخ (أي الرد ، وهي التصرفات
اللازمة) :

يرى الحنفية أنه لا تأثير للإكراه على التصرفات الشرعية التي لا تحتمل الفسخ أي
الرد ، ولا يشترط فيها الرضا ، فتعتبر هذه التصرفات نافذة مع الإكراه ؛ لأنها لا تقبل
الفسخ ، فتصبح لازمة . فلو أكره الرجل على الطلاق أو النذر أو اليمين أو الظهار أو النكاح
أو الرجعة ، أو الإيلاء أو الفداء فيه باللسان ، أو العفو عن القصاص ، وقع المكره عليه ؛

(١) راجع البدائع : ١٨١/٧ .

(٢) راجع الدر المختار ورد المختار عليه : ٩٦٥ .

لأنها تصرفات يستوي فيها الجدل والهزل، والإكراه في معنى الهزل لعدم القصد الصحيح للتصرف فيها، والأصل فيه حديث حذيفة بن اليمان رضي الله عنه، وهو «أن المشركين لما أخذوه واستحلفوه على أن لا ينصر رسول الله ﷺ في غزوة، فحلف مكرها، ثم أخبر به رسول الله ﷺ، فقال: أوف لهم بعهدهم ونحن نستعين بالله عليهم» وقد أخرج عبد الرزاق في مصنفه عن ابن عمر أنه أجاز طلاق المكره^(١). ويؤيده عموم قوله تعالى: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد﴾ الآية.

والخلاصة: أن هذه التصرفات تصح وتلزم من المستكره.

ويرى جمهور الأئمة غير الحنفية أن الإكراه يؤثر في هذه التصرفات، فيفسدها، فلا يقع طلاق المكره مثلاً، ولا يثبت عقد النكاح بالإكراه ونحوهما. وهذا هو الأرجح.

واستدلوا بأن الله تعالى لما لم يرتب على التلفظ بالكفر حالة الإكراه أثراً في قوله تعالى: ﴿إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان﴾ فلا يترتب على أي تصرف قولي مع الإكراه أي أثر.

وقد ثبت في السنة أن خنساء بنت خزام الأنصارية زوجها أبوها وهي ثيب، فكرهت ذلك، فأتت رسول الله ﷺ، فرد نكاحها^(٢)، ويؤيدها حادثة أخرى وهي أن فتاة زوجها أبوها من ابن أخيه وهي كارهة، فجعل رسول الله ﷺ الأمر إليها^(٣).

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن عمر (نصب الراية: ٢٢٢/٣).

(٢) رواه البخاري عن خنساء بنت خزام (نصب الراية: ١٩١/٣).

(٣) أخرجه النسائي وأحمد عن عائشة بلفظ: إن فتاة دخلت عليها، فقالت: إن أبي زوجني من ابن أخيه يرفع بي خيسسته (أي دناءته) وأنا كارهة، قالت: اجلسي حتى يأتي رسول الله ﷺ، فجاء رسول الله ﷺ فأخبرته، فأرسل إلى أبيها، فدعاه، فجعل الأمر إليها، فقالت: يا رسول الله، قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن أعلم النساء، أن ليس للآباء من الأمر شيء «قال البيهقي: هذا مرسل. ويؤيده خبر آخر في موضعه، رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه مرسلًا عن ابن عباس (راجع سبل السلام: ١٢٢/٣، نصب الراية، المرجع السابق: ص ١٩٢).

وقال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: « لا طلاق في إغلاق »^(١) وفسر الشافعي الإغلاق بالإكراه ، وقال عليه السلام أيضاً: « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »^(٢) أي رفع حكم الإكراه وغيره . ثم إن هذه التصرفات لا تصح مع الإكراه حتى لا يترتب عليها زوال حقوق الناس وأملاكهم بدون رضاهم .

وبناء عليه قال الشافعية : إن طلاق المستكره وعتاقه وبيعه وإجارته ونكاحه ورجعته وغيرها من التصرفات لا تصح ؛ لأن رفع حكم الإكراه إنما يكون بانعدام الحكم المتعلق به ، كوقوع الطلاق ، وصحة البيع والنكاح .

وأما وجوب القصاص عندهم على القاتل المستكره ، فيستثنى من عموم الصيغة ، تعظيماً لأمر الدم ، فإنه لا سبيل إلى استباحته ، وتجب رعاية حرمة^(٣) .

وأما حديث : « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة »^(٤) الذي تمسك به الحنفية فهو ضعيف على الأرجح ، وأما حديث حذيفة فهو حديث مكذوب كما قال ابن حزم .

وأما ما روي عن ابن عمر من أنه أجاز طلاق المكره ، فيقدح فيه ما رواه ابن حجر في فتح الباري أن عبد الرزاق أخرج عن ابن عمر عدم جواز طلاق المكره في قصة ثابت الأعرج ، ويؤيده أن عدم جواز طلاق المكره روي عن ابن عمر في سنن البيهقي ، وفي صحيح البخاري ، وفي موطأ مالك .

(١) رواه أبو داود وابن ماجه والحاكم وقال : على شرط مسلم ، ولفظه : « لا طلاق ولا عتاق في إغلاق » قال أبو

داود : أظنه الغضب - يعني الإغلاق - وقال ابن قتيبة : الإغلاق : الإكراه . وقال بعضهم : الصحيح أنه يعم الإكراه والغضب والجنون ، وكل أمر انفلق على صاحبه علمه وقصده (راجع نصب الراية : ٢٢٢/٣) .

(٢) رواه الطبراني عن ثوبان ، ورمز السيوطي لصحته . (راجع الفتوح الكبير : ٣٥/٤) .

(٣) تخريج الفروع على الأصول : ص ١٤٩ .

(٤) رواه أصحاب السنن الأربعة إلا النسائي وصححه الحاكم عن أبي هريرة ، وفي رواية لابن عدي من وجه آخر

ضعيف : « الطلاق والعتاق والنكاح » (راجع سبل السلام : ١٧٥/٣ ، الإلمام لابن دقيق العيد : ص ٤٢٣ وما بعدها ، نصب الراية : ٢٩٢/٣ وما بعدها) .

وأما ما استدل به الحنفية من عموم قوله تعالى : ﴿ فَإِن طَلَقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدِ ﴾ فهو معارض لقوله تعالى : ﴿ وَلَكِن يَأْخُذْكُمْ بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾ والمستكره لم يطلق قط ، بل إن حديث « لا طلاق في إغلاق » يقيد إطلاق آية الطلاق ، حتى على مذهب الحنفية القائلين بأن هذا الحديث ظني ، والظني لا يقيد القطعي ؛ لأن هذه الآية قيدت بحديث مشهور وهو قوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاث : عن الصبي حتى يكبر (أو يعقل أو يحتلم) ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق »^(١) فصارت ظنية ، فأصبحت بعدئذ صالحة لتقييدها بخبر ظني^(٢) .

ثانياً- التصرفات التي تحتل الفسخ :

إذا أكره الإنسان إكراهاً تاماً أو ناقصاً على تصرف يحتل الفسخ أي يقبل الرد ، ويشترط فيه الرضا كالبيع والشراء والهبة والإجارة ونحوها ، فإن الإكراه عند جمهور الحنفية يفسده أي أن التصرف نافذ ، ولكنه فاسد ، وحينئذ يملك المشتري المبيع بالقبض . وسبب الفساد : هو أن الرضا شرط نفاذ هذه التصرفات ، والإكراه بعدم الرضا ، وانتفاء الشرط يترتب عليه انتفاء المشروط ، وهو النفاذ ، فيفسد التصرف . وعليه يكون بيع المستكره وإجارته وهبته فاسدة ، ولكن للمستكره بعد زوال الإكراه الخيار بين إمضاء التصرف وفسخه ؛ لأن الرضا كما أشرنا شرط لصحة هذه التصرفات .

وقال المالكية وزفر من الحنفية : تعتبر هذه التصرفات بالإكراه موقوفة ؛ لأن الرضا شرط في صحة العقد ، لا في انعقاده ، حتى لو أجاز المستكره ما أكره عليه بعد زوال الإكراه أصبح العقد صحيحاً ، ولو كان العقد فاسداً لما جاز ؛ لأن الفاسد

(١) رواه أحد وأصحاب السنن الأربعة إلا الترمذي وصححه الحاكم ، وأخرجه ابن حبان عن عائشة ، ورواه بعضهم عن علي وعمر وابن عباس وأبي هريرة وغيرهم (مجمع الزوائد : ٢٥١/٦ ، سبل السلام : ١٨٠/٣ ، الإلمام : ص ٦٦ ، ٤٢) .

(٢) راجع البدائع : ١٨٢/٧ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ٣٠٢/٧ ، تبين الحقائق : ١٨٨/٥ ، الدر المختار : ٩٦/٥ ، مجمع الضمانات : ص ٢٠٦ ، المحلى : ٢٨٢/٨ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢٨٩/٢ ، الشرح الكبير للدردير : ٣٦٧/٢ ، المغني : ١١٨/٧ ، بحث الإكراه للأستاذ البرديسي - القسم الثاني : ص ٢ وما بعدها .

لا يجوز بالإجازه، ولا يرتفع الفساد بالإجازه كسائر البيوع الفاسدة، فأشبهه بيع الفضولي، وبما أنه بيع موقوف، لا يثبت به الملك بالقبض .

والخلاصة : أن أبا حنيفة وصاحبيه ذهبوا إلى أن الإكراه يفسد العقد إفساداً فقط، لا إبطالاً، وتترتب عليه الأحكام المقررة لفساد العقود إلا من ناحية واحدة، وهي أنه بعد زوال الإكراه، لو أجاز المستكره العقد، صح هذا العقد، ويصبح ملزماً؛ لأن الفساد إنما كان صيانة لمصلحته الخاصة لا لمصلحة عامة. وأما زفر فيجعل العقد غير نافذ كعقد الفضولي، فهو صحيح موقوف بالنسبة للمستكره، ويتوقف على إجازته بعد زوال الإكراه، وبما أن هذا العقد يجوز ويلزم بالإجازه، فهذا دليل على كون العقد موقوفاً لا فاسداً؛ لأن العقد الفاسد يفسخ فسخاً ولا يجاز إجازة. ويلاحظ أن دليل زفر أقوى وأوجه، ولكن المعتمد عند الحنفية هو رأي الإمام وصاحبيه^(١).

وقال باقي الفقهاء : تعتبر هذه التصرفات مع الإكراه باطلة غير صحيحة^(٢).

مثاله : حالة الإكراه على البيع سواء أكان تاماً أم ناقصاً.

وبه يلاحظ أن للعلماء في حكم بيع المستكره أربعة مذاهب :

١ - ذهب أبو حنيفة وصاحباه إلى فساد بيع المكره عملاً بعمومات نصوص البيع، ولا فرق بين فساد البيع بسبب الجهالة أو الربا أو غيرها وبين فساده بالإكراه، لعدم توافر الرضا إلا في أن المستكره له حق إجازة العقد بعد زوال الإكراه، كما له حق الفسخ مطلقاً، فيسترد المبيع الذي أكره على بيعه، ولو تداولته

(١) راجع المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ص ٢٦٤ .

(٢) البدائع : ١٨٦٧، تكملة فتح القدير : ٢٩٢٧ وما بعدها، الكتاب مع اللباب : ١٠٨/٤، تبين الحقائق :

١٨٢/٥، الدر المختار ورد المختار : ٨٩/٥ وما بعدها، المحلى : ٣٨٠/٨، غاية المنتهى : ٥/٢، بحث الإكراه

للأستاذ البرديسي - القسم الثاني : ص ٢٥ .

الأيدي كأن تصرف المشتري به ، صيانة لمصلحته ومحافظة على إرادته ورضاه . أما بقية البيوع الفاسدة فلا تلحقها الإجازة ؛ لأن فسادها لحق الشرع من حرمة الربا ونحوه ، كما أنه إذا تصرف المشتري الجديد بالمبيع نفذ تصرفه ، وليس للبائع الأصلي حق الفسخ نظراً لتعلق حق المشتري الجديد بالمبيع ، وحق العبد مقدم على حق الله ، لاستغناء الله واحتياج العبد .

٢- وذهب زفر من الحنفية إلى أن بيع المستكره موقوف .

٣- وقرر المالكية أن بيع المستكره غير لازم أي أن للعاقد المكره الخيار في إمضاء العقد أو فسخه ، وهذا يتفق مع ما ذكره القدوري الحنفي في بيان حكم بيع المستكره وشرائه وإقراره .

٤- وذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية إلى بطلان بيع المستكره .

أثر الإكراه على الإقرارات :

تكلمنا عن أثر الإكراه في التصرفات الإنشائية ، وتكلم هنا عن أثر الإكراه في الإقرارات .

إذا أكره رجل بغير حق على أن يقر بشيء ، ففي هذا الإقرار للفقهاء مذهبان :

١- مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية : يقرر إلغاء الإقرار وعدم ترتب أي أثر عليه ، سواء أكان المقر به مما يحتمل الفسخ كالبيع والإجازة ، أم مما لا يحتمل الفسخ كالطلاق والرجعة .

استدل الحنفية بأن الإقرار خبر يحتمل الصدق والكذب ، إلا أنه يصح الإقرار حالة الاختيار ؛ لأن الإنسان غير متهم على نفسه ، ولم يصح حالة الإكراه ، لترجح جانب الكذب بسبب وجود التهديد .

واستدل غير الحنفية بحديث « رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا

عليه» فلفظ «ما» في الحديث يفيد العموم، فيكون حكم كل تصرف أكره عليه الإنسان مرفوعاً، والإقرار تصرف من التصرفات، فيكون حكمه مرفوعاً عند الإكراه، فلا يترتب عليه أي أثر من آثاره.

٢- مذهب المالكية يقرر عدم لزوم إقرار المستكره بغير حق أي أن المستكره بعد زوال الإكراه مخير بين أن يجيز الإقرار وبين ألا يجيزه.

واستدلوا بأن إقرار المستكره كطلاقه بجامع عدم الرضا في كل، فكما لا يلزم طلاق المستكره لا يلزم إقرار المستكره.

وأما الإقرار مكرهاً بالزنا أو شرب الخمر أو السرقة أو القذف أو القتل، فإنه يعتبر ملغياً، ولا يقام عليه حد ولا قصاص عند أغلب الفقهاء، ومنهم المالكية؛ لأن الإكراه شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات^(١).

أثر الإكراه في التصرفات الشرعية المخير فيها:

عرفنا أن التصرفات الشرعية إما أن تكون قابلة للفسخ أو غير قابلة للفسخ. أما التصرفات الشرعية التي لا تحتل الفسخ والمخير فيها بالإكراه فللفقهاء في حكمها رأيان:

الأول- رأي الشافعية: وهو أنهم يشترطون تعيين الشيء المكروه عليه، فلا إكراه مع التخيير، وتكون التصرفات المخير فيها التي لا تقبل الفسخ نافذة.

الثاني- رأي جمهور الأئمة: وهو أنهم يقولون: لا يشترط التعيين في المكروه عليه، فالإكراه باق مع التخيير، ويترتب على الإكراه أثره في التصرفات الشرعية

(١) البدائع: ١٨٩٧/٧ وما بعدها، تكملة فتح القدير: ٢٦٥/٧، تبين الحقائق: ١٨٢/٥، الدر المختار: ٨٩/٥، مجمع الضمانات: ص ٢٠٦، الشرح الكبير للدردير: ٣٩٧/٣، المغني: ١٩٦/٨، حاشية الباجوري: ٤/٢، بحث الإكراه للبرديسي - القسم الثاني: ص ٤٤ وما بعدها.

المخير فيها التي لا تحتل الفسخ بحسب المقرر في كل مذهب، كما بينا.

فإذا أكره إنسان على أن يطلق امرأته المدخول بها أو امرأته غير المدخول بها وطلق إحدى المرأتين: لم يعتبر الإكراه عند الشافعية، ويقع الطلاق؛ لأنه وجدت قرينة على الاختيار فيما أتى به.

وعند بقية الأئمة: يعتبر الإكراه، ولكنهم فصلوا في وقوع الطلاق أي ترتيب أثر الإكراه، فعند الحنفية: يقع الطلاق إذا لا أثر للإكراه عندهم في التصرفات القولية التي لا تحتل الفسخ. وفي المعتمد عند المالكية: لا يلزم الطلاق، ولمستكره بعد زوال الإكراه حق إجازة الطلاق. وعند الحنابلة: يقع الطلاق؛ لأن التخيير كالتعيين عندهم.

وأما التصرفات الشرعية المخير فيها التي تحتل الفسخ، فكذلك للفقهاء في أثر الإكراه فيها رأيان:

الأول - رأي الشافعية القائلين بأنه لا إكراه مع التخيير.

الثاني - رأي باقي الأئمة الذين يقولون بأنه لا مانع من وجود الإكراه مع التخيير.

مثلاً: إذا أكره الرجل على بيع إحدى العمارتين المملوكتين له، فباع إحداها، كان البيع نافذاً عند الشافعية لانعدام الإكراه هنا.

وعند باقي الأئمة: يترتب على الإكراه أثره كما في حالة التعيين. وبناء عليه يكون بيع إحدى العمارتين باطلاً عند الحنابلة والظاهرية، وفاسداً عند جمهور الحنفية، وموقوفاً عند المالكية وزفر. وأدلة كل منهم تعرف في مثال الإكراه على البيع السابق ذكره^(١).

(١) المراجع السابقة في بحث الإكراه في التصرفات القابلة للفسخ، معني المحتاج: ٢٨٩/٣، الشرح الكبير للدردير

وحاشية الدسوقي عليه: ٣٦٧/٢، بحث الإكراه للبرديسي - القسم الثاني: ص ٦٠ وما بعدها.

الفصل الثامن عشر

الحجر

الكلام عن الحجر في مباحث أربعة :

أولها - في تعريف الحجر ومشروعيته وحكمة تشريعه .

وثانيها - في أسباب الحجر .

وثالثها - في رفع الحجر .

ورابعها - تعلق الدين بالتركة .

المبحث الأول - تعريف الحجر ومشروعيته وحكمة تشريعه

ونوعاه :

أولاً - تعريف الحجر : الحَجْر في اللغة : المنع والتضييق ، يقال : حجر عليه

حجراً أي منعه من التصرف ، ومنه سمي الحرام : حجراً ، قال تعالى : ﴿ ويقولون

حجراً محجوراً ﴾ أي حراماً محرماً ، وسمي العقل حجراً ، قال تعالى : ﴿ هل في ذلك

قسم لذي حجر ﴾ أي عقل ؛ لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب ما يقبح من المفسد وتضر

عاقبته ، وسمي الحطيم حجراً لأنه منع من الكعبة ، وقطع منها ، كما منع من أن

يدخل في الحرم .

والحَجْر في الشريعة : هو منع الإنسان عن التصرف في ماله . ويقابله الإذن وهو

فك الحجر وإسقاط حق المنع^(١) وللحجر تعاريف متقاربة عند الفقهاء هي ما يأتي :

قال الحنفية^(٢) : الحجر : هو المنع من لزوم العقود والتصرفات القولية . فإذا باشر المحجور عقداً أو تصرفاً قولياً كالبيع أو الهبة لا ينفذ أي لا يلزم ، ولا يترتب عليه حكمه ، فلا يملك بالقبض . وكون الحجر من التصرفات القولية ؛ لأنها هي التي يتصور الحجر فيها بالمنع من نفاذها ، أما الأفعال فلا يتصور الحجر فيها ؛ لأن الفعل بعد وقوعه لا يمكن رفعه ، بخلاف القول ، فإنه يمكن رفعه بمنع انعقاده شرعاً أو منع نفاذه . وللحنفية تعريف آخر أدق : وهو عبارة عن منع مخصوص متعلق بشخص مخصوص ، عن تصرف مخصوص أو عن نفاذه ، أي لزومه ؛ لأن عقد المحجور ينعقد موقوفاً^(٣) .

فالحجر على الصغير أو المجنون قد يجعل تصرفه غير منعقد أصلاً ، كما إذا كان ضرراً محضياً ، كطلاق زوجته ، وقد يجعله موقوفاً على إجازة الولي كالبيع والشراء من المميز ، أما إذا كان لا يعقل أصلاً فتصرفه باطل .

وأما الحجر على الأفعال ، فلا يفيد ، ويكون كل من الصبي والمجنون ضامناً لما يتلفه من مال غيره ، ويؤخذ ثمنه من ماله إن كان له مال ، ويطالب بالأداء وليه أو وصيه ؛ لأن الضمان من خطاب الوضع ، وهو لا يشترط فيه التكليف أو التمييز ، لكن لا يطبق عليها العقاب البدني كالحدود والقصاص ، لعدم توافر القصد الصحيح ، وإنما تجب عليها الدية في حال القتل ، لأنه يعتبر منها خطأ .

وعرفه المالكية^(٤) بأنه صفة حكيمية - أي يحكم بها الشرع - توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه فيما زاد على قوته ، أو تبرعه بما زاد على ثلث ماله . فشمّل الأول :

(١) تبين الحقائق : ٢٠٣/٥ ، الدر المختار ورد المختار : ١٠٨/٥ .

(٢) الدر المختار : ٩٩/٥ ، تبين الحقائق : ١٩٠/٥ ، اللباب : ٦٦/٢ .

(٣) رد المختار : ٩٩/٥ .

(٤) حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ٢٨١/٢ .

الحجر على الصبي والمجنون والسفيه والمفلس ونحوهم ، فإنهم يمتعون من التصرف بالبيع أو التبرع فيما زاد على قوتهم ويكون تصرفهم موقوفاً على إجازة الولي . وشمل الثاني : الحجر على مريض الموت والزوجة ، فإنها لا ينعان من البيع والشراء ، وإنما ينعان من التبرع فيما يزيد عن ثلث مالها .

وعرفه الشافعية والحنابلة^(١) : بأنه المنع من التصرفات المالية . سواء أكان المنع من الشرع كمنع الصغير والمجنون والسفيه ، أم من الحاكم كمنع المشتري من التصرف في ماله حتى يؤدي الثمن الحال الذي عليه . ولا يمنع المحجور (السفيه والمفلس والمريض) من التصرفات غير المالية ، كالتصرف بالطلاق والإقرار بما يوجب العقوبة ، وكالعبادة البدنية واجبة أو مندوبة ، وتنفيذ منه العبادة المالية الواجبة كالحج ، دون المندوبة . لكن الصبي والمجنون لا يصح تصرفها في شيء مطلقاً من الأموال والذمم والأحوال الشخصية من زواج وطلاق .

ثانياً - دليل مشروعية الحجر :

ورد في القرآن الكريم آيات ثلاثة تدل على مشروعية الحجر من حيث المبدأ ، أولها قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا ﴾ نهى الله تعالى فيها الأولياء عن إعطاء السفهاء أموالهم ؛ لأن في إعطائهم تعريضاً لضياعها ، فدل النص على منعهم من التصرف في أموالهم ، وهو معنى الحجر عليهم .

والآية الثانية قوله تعالى : ﴿ وَابْتَلُوا اليتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رِشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ أمر تعالى باختبار اليتامى في حفظ أموالهم ، بأن يدفع لهم شيء من أموالهم ، لمعرفة خبرتهم في التصرفات ، فإن آنس منهم الرشد قبل

(١) معني المحتاج : ١٦٥/٢ ، المعني : ٤٥٦/٤ ، كشاف القناع : ٤٠٤/٢ .

البلوغ ، سلموا أموالهم ، فدل النص على منع دفع أموالهم إليهم ، قبل الرشد ، وحجرهم عنها ، حتى لا يتصرفوا فيها .

والآية الثالثة قوله سبحانه : ﴿ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَفِيعُ أَنْ يُمْلَ عَلَيْهِ مِنْ قِبَلِهِ وَالَّذِي لَمْ يَأْتِ الْيَسْرَ وَالَّذِي لَا يَدْرِكُ الْمَالَ وَالْمُلْدُ الَّذِي لَا يَسْتَفِيعُ أَنْ يُمْلَ عَلَيْهِ مِنْ قِبَلِهِ وَالَّذِي لَا يَدْرِكُ الْمَالَ وَالْمُلْدُ الَّذِي لَا يَسْتَفِيعُ أَنْ يُمْلَ عَلَيْهِ مِنْ قِبَلِهِ وَالَّذِي لَا يَدْرِكُ الْمَالَ وَالْمُلْدُ الَّذِي لَا يَسْتَفِيعُ أَنْ يُمْلَ عَلَيْهِ مِنْ قِبَلِهِ ﴾ فسر الشافعي رضي الله عنه السفيه بالمبذر ، والضعيف بالسي ، والكبير بالمختل ، والذي لا يستطيع أن يمل بالمغلوب على عقله ، فأخبر الله تعالى أن هؤلاء ينوب عنهم أولياؤهم ، فدل على ثبوت الحجر عليهم . وثبت في السنة الصحيحة أن النبي ﷺ حجر على معاذ ماله وباعه في دين كان عليه ^(١) . وحجر عثمان بسبب التبذير على عبد الله بن جعفر ^(٢) .

ثالثاً - حكمة تشريع الحجر :

ليس في الحجر إهدار حقيقي لكرامة الإنسان ، وإنما هو رحمة ومصلحة وصون وتعاون ، فهو رحمة بالمحجور عليه حتى يوفر له ماله في وقت تكثرفيه مسؤولياته ، وتتعدد واجباته ، فلا يواجه الحياة بوجه عبوس مقطب ، ولا تتراكم عليه المهموم والمشكلات ، ولا تصادمه الصعاب والمشاق ، وإنما يجد في ماله سبيلاً للنجاة ، والعيش الكريم ، وشق طريق الحياة ، وهو صون لماله من عبث العابثين ، وخذ لهوى النفس بالإنفاق في وجوه غير صحيحة .

وهو مصلحة للفرد والمجتمع ودفع للضرر عنهما ، بتدريب المحجور وتوفير الخدمة اللازمة له بالتصرفات وممارسة شؤون التجارات ، حتى لا يصبح عالية على المجتمع ، وكيلا تبدد الأموال . وهو عون ضروري من الكبير الراشد ليتم قاصر مثلاً للأخذ بيده في سفينة الحياة ، ولتثمين ماله ، والإنفاق منه على الأمور الضرورية له ، والبعد عن الأوجه المتنوعة للصرف فيما لا يحق النفع والخير له . فالمحجور عليه إن كان صغيراً

(١) رواه الدارقطني والبيهقي والحاكم وصححه عن كعب بن مالك (نيل الأوطار : ٢٤٤/٥ وما بعدها) .

(٢) رواه الشافعي في مسنده عن عروة بن الزبير (نيل الأوطار : ٢٤٥/٥) .

أو مجنوناً أو معتوهاً، هو ناقص العقل ليس أهلاً لتقدير المصلحة، ولا يتصور منه الرضا الصحيح، ولا القصد والاختيار. فالحجر عليه إنما كان لعجزه عن التصرف في ماله على وجه المصلحة حفظاً لماله عليه. وإن كان سفيهاً مبذراً لأمواله هو متلف له ومضيعه في غير الوجوه النافعة.

وإن كان مغفلاً فلا يهتدي إلى التصرفات الراجعة، وإنما يغبن في البيوع ويتضرر بها.

وإن كان مديناً فلا بد من رعاية حق الدائنين في أموالهم وحفظ مصالحهم وعدم إضاعتها دفعاً للضرر عنهم، وحتى لا ينضب معين الخير في الناس، ولا ينفر أو يتبرم امرؤ من إقراض غيره قرضاً حسناً ينقذه من ورطات السوء.

لذا كان الحجر محققاً لمصلحة المحجور عليه نفسه بحفظ ماله وحقوقه، ولمصلحة المجتمع أيضاً بإيصال منافذ العوز والفاقة والفقر؛ لأن المال عصب الحياة، فيجب إنفاقه في غير إسراف ولا تبذير: ﴿إن المبذرين كانوا إخوان الشياطين﴾.

وقد أوصى الله الأولياء والأوصياء على اليتامى والمساكين بضرورة الإشراف على شؤونهم بالحق والعدل والمعروف، إذ أنه ربما ترك الإنسان ذرية ضعافاً يحتاجون لمعاونة غيرهم لهم، فقال سبحانه: ﴿وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافاً خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولاً سديداً، إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً﴾ وروى الإمام أحمد والنسائي وأبو داود وغيرهم عن ابن عباس قال: لما نزلت ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾ عَزَلُوا أموال اليتامى، حتى جَعَلَ الطعامُ يفسدُ، واللحمُ ينتنُ، فذكر ذلك للنبي ﷺ فنزلت: ﴿وإن تحالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح﴾ وأوجب الحق تبارك وتعالى اختبار الأيتام قبل دفع أموالهم إليهم، فقال: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾.

ومنع القرآن الكريم من إيتاء السفيه ماله حرصاً على مصلحته ولمصلحة الناس ، فقال تعالى : ﴿ وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا ﴾ .

وثبت في السنة كما أشرنا الحجر على المدين ، دفعاً للضرر عن الدائنين ، كما ثبت عن عثمان الحجر على المبذر ، حفظاً لماله من الضياع . وروى الدارقطني عن كعب بن مالك « أن النبي ﷺ حجر على معاذ ماله ، وباعه في دين عليه » وروى الشافعي في مسنده عن عروة بن الزبير أن عثمان حجر على عبد الله بن جعفر بسبب تبذيره .

رابعاً - تقسيم الحجر بحسب نوع المصلحة :

الحجر بحسب نوع المصلحة المقصودة منه نوعان^(١) :

الأول - حجر لمصلحة المحجور عليه : وهو كحجر المجنون والصغير والسفيه والمبذر ، إذ فائدة الحجر لا تتعداهم ، فقد شرع لمصلحتهم أنفسهم .

الثاني - حجر لمصلحة الغير : وهو كحجر المدين المفلس لحق الغرماء (الدائنين) ، ومريض الموت لحق الورثة فيما زاد عن ثلث التركة حيث لا دين ، وحجر الراهن بعدم لزوم الرهن لحق المرتهن في العين المرهونة ، فقد شرع الحجر لصالح غير المحجور عليه .

المبحث الثاني - أسباب الحجر :

للحجر أسباب كثيرة ، منها ما هو متفق عليه كالحجر بسبب الصغر والجنون والعتة ، لفقده الأهلية أو نقصها . ومنها ما هو مختلف فيه كالحجر بسبب السفه والغفلة والدين ، وسبب الخلاف راجع لاقصور الأهلية ، وإنما لدفع الضرر عنهم وعن الناس .

(١) مغني المحتاج : ١٦٥/٢ ، كشاف القناع : ٤٠٤/٣ وما بعدها .

والحجر بسبب الرق متفق عليه ، فالرقيق محجور عن التصرف في ملك غيره إلا بإذنه ، لكونه ليس أهلاً للملك .

ويختلف أثر الحجر في تصرفات المحجور عليه باختلاف سببه ، ويظهر الاختلاف في المطالب الآتية :

المطلب الأول - أثر الحجر في تصرفات الصغير :

الصغر طور يمر به كل إنسان ، يبدأ من حين الولادة إلى البلوغ ، وقد أجمع العلماء على وجوب الحجر على الأيتام الذين لم يبلغوا الحُلُم^(١) ، لقوله تعالى : ﴿ وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح ﴾ ولعدم توافر أهلية التصرف لعدم اكتمال الإدراك اللازم لتقدير نتائج التصرفات .

وقد اختلف الفقهاء في حكم تصرفات الصغير وفي أمور أخرى متعلقة به .

أولاً - آراء الفقهاء في حكم تصرفات الصغير أو أثر الحجر عليه :

للفقهاء مذاهب في أثر الحجر على الصغير ، فيرى الحنفية والمالكية ضرورة التفرقة بين المميز وغير المميز ، ولم يفرق الشافعية والحنابلة بينهما .

١ - قال الحنفية والمالكية^(٢) : الصغير إما مميز أو غير مميز ، وغير المميز : هو الذي لم يتم سن السابعة من العمر . والمميز هو الذي أكمل سن السابعة ، لقوله ﷺ : « مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين »^(٣) .

(١) بداية المجتهد : ٢٧٥/٢ .

(٢) الدر المختار : ١٠١/٥ ، تبين الحقائق : ١٩١/٥ ، تكملة الفتح : ٣١٠/٧ وما بعدها ، البدائع : ١٧١/٧ ، اللباب :

٦٧/٢ ، الشرح الكبير : ٢٩٤/٣ ، ٢٩٦ ، الشرح الصغير : ٢٨٤/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٢٢٠ ، بداية المجتهد :

٢٧٨/٢ .

(٣) رواه أحمد وأبو داود والحاكم عن عبد الله بن عمرو .

والتصرفات إما قولية أو فعلية :

أما التصرفات الفعلية : وهي الغصوب والإتلافات ، فلا أثر لحجر الصبي والمجنون عليها ، فيجب على كل منها ضمان ما أتلف من مال أو نفس ، إذ لا حجر على الأفعال ، وإنما على الأقوال^(١) .

وأما التصرفات القولية :

فإن صدرت من غير مميز فجميع تصرفاته باطلة لفقده أهلية الأداء أو التصرف ، إذ لا عقل له ولا تمييز ، فلا يعتبر رضاه ولا قصده ، سواء أكان التصرف نافعاً له ، أو ضاراً به ، أو متردداً بين الضرر والنفع ، فلا يصح عقده ولا إقراره ولا طلاقه كالمجنون لعدم اعتبار أقوالهما .

وإن صدرت من مميز فهي ثلاثة أنواع :

أ - التصرف النافع له نفعاً محضاً ، كقبوله الهبة أو الوصية ، واعتناق الإسلام ، يصح منه وينفذ بدون توقف على إجازة وليه أو وصيه ، رعاية لجانب نفعه .

ب - التصرف الضار به ضرراً محضاً ، كتبرعه بشيء من ماله ، أو إقراضه ، أو إعارته ، أو طلاق زوجته ، يبطل منه ، ولا ينفذ ولا تصححه إجازة الولي ؛ لأن الإجازة لاتلحق الباطل ، ومن قواعد الحنفية : « كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه » وقد روه حديثاً ، لكنه لم يصح أصلاً^(٢) .

ج - التصرف المتردد بين الضرر والنفع ، كالبيع والشراء ، والإيجار والاستئجار ، والزواج ، ينعقد منه موقوفاً على إجازة الولي ، إذا كان المميز يعقل البيع بأن يعلم أن

(١) الحجر على الأقوال دون الأفعال ، لأنها لا تمرّد لها لوجودها حياً ومشاهدة ، بخلاف الأقوال لأن اعتبارها موجودة بالشرع ، لا بالواقع ، والقصد شرط لاعتبارها (الهداية مع تكملة الفتوح : ٢١٧٧) .

(٢) راجع نصب الرأية : ١٦١/٤ .

البيع سالب، والشراء جالب، ويقصده بأن يكون غير هازل؛ لأن تصرفه يحتمل الضرر فإن أجازته نفذ، وإن لم يجزه بطل، وليس له إجازة ما فيه غبن فاحش، والولي بالخيار: إن شاء أجازته إذا كان فيه مصلحة، وإن شاء فسخه.

٢- وقال الشافعية والحنابلة^(١): تعتبر التصرفات المالية من الصبي مميزاً أو غير مميز باطلة. لكن الشافعية قالوا: لا تصح تصرفات المميز وإن أذن له الولي، ويعتبر إذن الصبي المميز في إذن الدخول وإيصال الهدية، ويصح إحرامه بإذن وليه، وتصح عبادته، وله إزالة المنكر ويثاب عليه كالبالغ، كما يعتبر إسلامه، كإسلام سيدنا علي رضي الله عنه.

أما الحنابلة فقالوا: يصح تصرف المميز بإذن الولي، وينفك عنه الحجر فيما أذن له فيه من تجارة وغيرها، ويصح إقراره فيما أذن له فيه.

واتفق المذهبان على تضمين إتلافات الصغير من مال أو نفس، كالحنفية والمالكية. والخلاصة أنه لا تنفذ عند الحنفية والمالكية عقود الصبي والمجنون ولا إقرارهما، ولا تصح عند الشافعية والحنابلة.

ثانياً - عدم تسليم الصغير أمواله :

اتفق العلماء على أنه لا تسلم للصغير أمواله، حتى يبلغ راشداً^(٢)؛ لأن الله تعالى علق دفع المال إليه على شرطين هما البلوغ والرشد في قوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ والحكم المعلق على شرطين لا يثبت بدونها.

فإذا بلغ الصغير، فإما أن يبلغ رشيداً أو غير رشيد.

(١) مغني المحتاج : ١٦٦/٢ ، ١٧٠ ، كشف القناع : ٤٣١/٣ .

(٢) المغني : ٤٥٧/٤ وما بعدها ، ٤٧١ ، المهذب : ٣٣٠/١ ، البدائع : ١٧٠/٧ ، بداية المجتهد : ٢٧٧/٢ .

أ- فإن بلغ رشيداً - مصلحاً للمال : دفع ماله إليه ، وفك عنه الحجر^(١) ، لقوله تعالى : ﴿ فَإِن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ﴾ وفي سنن أبي داود : « لا يتم بعد الاحتلام » . وإذا دفع إليه ماله أشهد عليه عند الدفع لقوله تعالى : ﴿ فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم ﴾ ، وهل يحتاج رفع الحجر عن الصغير لحكم القاضي ؟

قال الجمهور (الحنفية والشافعية في الأرجح ، والحنابلة)^(٢) : يرتفع حجر الصغير ببلوغه رشيداً بدون حكم الحاكم ؛ لأن الحجر عليه ثبت بغير حكم حاكم ، فيزول من غير حكم ، كالحجر على المجنون . والوجه الآخر عند الشافعية : أنه يفتقر إلى الحاكم ؛ لأنه يحتاج إلى نظر واختبار كفك الحجر عن السفيه . ورأي الجمهور هو الأرجح لاتفاقه مع الواقع ، والتيسير .

وقال المالكية^(٣) : إما أن يكون الصغير ذكراً أو أنثى :

فإن كان ذكراً فهناك ثلاث حالات :

أحدها - أن يكون أبوه حياً : فإنه ينطلق من الحجر ببلوغه بدون حكم ، ما لم يظهر منه سفه أو يحجره أبوه .

الثاني - أن يكون أبوه قد مات وعليه وصي : فلا ينطلق من الحجر إلا بالترشيد ، فإن كان وصيه مقدّم الأب أي باختياره (وهو الوصي المختار) : فله أن يرشده من غير إذن القاضي ؛ لأنه ثبت عليه الحجر بالأصالة من غير فرض من أحد ، فلا يحتاج رفعه لحكم القاضي . وإن كان وصي القاضي ليس له ترشيده إلا بإذن

(١) المهذب : ٣٣١/١ ، معنى المحتاج : ١٦٦/٢ ، ١٧٠ ، المغني : ٤٥٧/٤ ، البدائع : ١٥٤/٥ و ١٧٠/٧ وما بعدها ، تبين الحقائق : ١٩٥/٥ ، بداية المجتهد : ٢٧٧/٢ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) الشرح الكبير والدسوقي : ٢٩٦/٢ - ٢٩٨ ، الشرح الصغير : ٢٨٢/٢ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢٧٧/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٢١ .

القاضي كما ذكر ابن جزى ، وأما ما قرره الدردير وهو الراجح فهو أن الوصي سواء أكان وصي الأب أم وصي القاضي لا يحتاج في ترشيده لإذن القاضي . والترشيد بأن يقول الوصي أمام العدول : اشهدوا أنني فككت الحجر عن فلان ، وأطلقت له التصرف ، لما ثبت عندي من رشده وحسن تصرفه . وللقاضي ترشيد المحجور مطلقاً إذا ثبت عنده رشده .

الثالث - أن يبلغ الصغير ، وليس له أب ولا وصي ، وهو المأهمل : فهو محمول على الرشد إلا أن يتبين سفهه .

والخلاصة : أن الصبي ذا الأب أو الوصي المختار لا يحتاج رفع الحجر عنه إلى حاكم ، لكن ذو الأب لا يحتاج إلى ترشيد ، وذو الوصي يحتاج إلى ترشيد . وأما ذو الوصي المعين من القاضي ، فيحتاج لحكم القاضي في رأي ابن جزى ، ولا يحتاج لإذن القاضي في رأي الدردير .

وأما **الأنتى** : فذات الأب لا ينفك الحجر عنها إذا لم يرشدها أبوها إلا بأمر أربعة : بلوغها ، وحسن تصرفها ، وشهادة العدول بذلك ، ودخول الزوج بها . وللأب ترشيدها قبل دخول الزوج بها بأن يقول لها : رشدتك ورفع الحجر عنك . فيرتفع الحجر عنها وتنفذ تصرفاتها ، ولو لم يشهد العدول بصلاح حالها .

وأما ذات الوصي (المختار أو المعين من القاضي) : فلا ينفك الحجر عنها إلا بأمر خمسة ، البلوغ ، وحسن تصرفها ، وشهادة البينة بذلك ، ودخول الزوج بها ، وفك الوصي حجرها بترشيدها ، ولا يحتاج في الفك لإذن الحاكم ؛ أي أن الأنتى لا تحتاج في رفع الحجر عنها إلى قضاء القاضي .

وعليه يكون مذهب المالكية قريباً من مذهب الجمهور ، إذ لا يحتاج رفع الحجر عن الصغير لقضاء القاضي إلا إذا كان الصغير تحت ولاية القاضي ، فيحتاج لترشيد القاضي ، كما يحتاج ذو الوصي لترشيد الوصي .

والخلاصة: أن ما يرفع الحجر عن الصبي شيئان عند الجمهور غير الشافعية: هما إذن الولي إياه بالتجارة، وبلوغه رشيداً. وعند الشافعية شيء واحد هو البلوغ.

ب- وإن بلغ الصغير غير رشيد، لا تسلم إليه أمواله، بل يحجر عليه بسبب السفه، باتفاق المذاهب، لقوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾.

إلا أن أبا حنيفة^(١) قال: يستمر الحجر على البالغ غير الرشيد إلى بلوغه خمساً وعشرين سنة، ثم يسلم إليه ماله، ولو لم يرشد؛ لأن في الحجر عليه بعد هذه السن إهداراً لكرامته الإنسانية، ولقوله تعالى: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده﴾ وهذا قد بلغ أشده، ويصلح أن يكون جَدّاً في هذه السن، ولأن المنع عنه للتأديب، ولا يتأدب بعدئذ غالباً، فلا فائدة في المنع، فلزم الدفع إليه.

وقال صاحبان وباقي الأئمة^(٢): إذا بلغ الولد غير رشيد، لا يسلم إليه ماله، ويستمر الحجر عليه، حتى يؤنس رشده، ولو بلغ الستين من عمره، للآية السابقة ﴿فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ حيث شرط الله تعالى لدفع أموال اليتامى إليهم شرطين: البلوغ وائناس الرشيد، والحكم المعلق على شرطين لا يثبت بدونهما، ولقوله تعالى: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾ أي أموالهم.

ثالثاً- البلوغ: يحدث البلوغ إما بالأمارات الطبيعية أو بالسن. أما الأمارات أو العلامات الطبيعية، فاختلقت المذاهب في تعدادها:

(١) البدائع: ١٧١/٧، تكملة الفتح: ٣١٦/٧، تبين الحقائق: ١٩٥/٥، اللباب: ٦٩/٢
(٢) بداية المجتهد: ٢٧٧/٢، القوانين الفقهية: ص ٣٢١، الشرح الكبير: ٢٩٨/٣، المهذب: ٣٣١/١، مغني المحتاج: ١٦٦/٢، ١٧٠، المغني: ٤٥٧/٤ وما بعدها، كشاف القناع: ٤٤٠/٣

فقال الحنفية^(١) : يعرف البلوغ في الغلام بالاحتلام ، وإنزال المني ، وإحبال المرأة . والمراد من الاحتلام هو خروج المني في نوم أو يقظة ، بجماع أو غيره . والدليل على كونه علامة البلوغ قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا ﴾ وخبر « رفع القلم عن ثلاث ، منها : عن الصبي حتى يحتلم^(٢) » وروى أبو داود عن علي ابن أبي طالب قال : حفظت عن رسول ﷺ : « لا يتم بعد الاحتلام » .

وإذا تحقق البلوغ بالاحتلام تحقق بالإنزال ؛ لأن الاحتلام سبب لنزول الماء عادة ، فعلق الحكم به . وكذا الإحبال ؛ لأنه لا يتحقق بدون الإنزال عادة .

ويعرف البلوغ في الأنثى بالحيض لخبر رواه الخمسة إلا النسائي : « لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار^(٣) » أو بالحبل لأن الحمل دليل على إنزال المرأة فيحكم ببلوغها منذ حملت . وأدنى مدة البلوغ للغلام اثنتا عشرة سنة ، وللأنثى تسع سنين ، وهو المختار عند الحنفية .

فإذا لم يحصل بلوغ طبيعي ، ثبت البلوغ بالسن ، فمتى بلغ الولد (ذكراً أو أنثى) سن الخامسة عشرة فقد بلغ الحلم على المفتي به ، وهو سن المراهقة .

وقال أبو حنيفة : يبلغ الغلام إذا أم ثمانى عشرة سنة ، والأنثى سبع عشرة سنة ؛ لأنه إنما يقع اليأس عن الاحتلام الذي علق الشرع الحكم به بهذه السن .

ومذهب المالكية^(٤) : علامات البلوغ الطبيعية سبعة ، خمسة منها مشتركة بين الجنسين ، واثنان مختصان بالأنثى . فالحيض والحبل خاص بالمرأة . وإنزال المني مطلقاً

(١) البدائع : ١٧١/٧ ، الدر المختار : ١٠٧/٥ ، تبين الحقائق : ٢٠٢/٥ ، تكلية الفتح : ٢٢٢/٧

(٢) رواه أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه والحاكم عن عائشة بلفظ « وعن الصبي حتى يكبر » ورواه أحمد وأبو داود والحاكم عن علي وعمر بلفظ « وعن الصبي حتى يحتلم » (نص الرأية : ١٦١/٤ وما بعدها) .

(٣) وروى ابن خزيمة في صحيحه عن عائشة : « لا يقبل الله صلاة امرأة قد حاضت إلا بخمار » والحائض من بلغت سن الحيض . والخمار : ما يغطي به رأس المرأة . فدل ذلك على بدء تكليفها (نيل الأوطار : ٦٧/٢) .

(٤) الشرح الكبير : ٢٩٢/٣

في نوم أو يقظة، وإنبات شعر العانة الخشن، لا الزغب، وتتن الإبط، وفرق أرنبة الأنف، وغلظ الصوت: مشترك بين الذكر والأنثى. ودليل حصول البلوغ بالإنبات: حديث الترمذي عن سمرة أن النبي ﷺ قال: «اقتلوا شيوخ المشركين، واستحيوا شُرُخهم، والشرح: الغلمان الذين لم يُنبتوا».

فإن لم يظهر شيء مما ذكر، كان بلوغ الصغير بتمام ثماني عشرة سنة، وقيل، بالدخول فيها.

ومذهب الشافعية^(١): يحصل البلوغ إما باستكمال خمس عشرة سنة قمرية، أو بخروج المني وقت إمكانه من ذكر أو أنثى، ووقت إمكانه: استكمال تسع سنين، أو نبات شعر العانة الخشن الذي يحتاج في إزالته لنحو حلق. وأما نبات شعر الإبط واللحية، فليس دليلاً للبلوغ لندورها دون خمس عشرة سنة.

ويزيد على المذكور بالنسبة للمرأة: الحيض والحبل.

والخلاصة: أن البلوغ عندهم يحصل بخمسة أشياء: ثلاثة يشترك فيها الرجل والمرأة، وهي الإنزال والإنبات والسن. واثنان تختص بهما المرأة وهما الحيض والحبل.

ودليلهم على تحديد السن بـ ١٥ سنة: خبر ابن عمر: «عرضت على النبي ﷺ يوم أحد، وأنا ابن أربع عشرة سنة، فلم يجزني، ولم يرني بلغت، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة، فأجازني، ورآني بلغت^(٢)».

ومذهب الحنابلة^(٣) كالشافعية تماماً.

(١) مغني المحتاج: ١٦٦/٢ وما بعدها، المذهب: ٣٣٠/١

(٢) رواه ابن حبان، وأصله في الصحيحين وقد رواه الجماعة. وقال الشافعي: رد النبي ﷺ سبعة عشر من الصحابة، وهم أبناء أربع عشرة، لأنه لم يرمهم بلغوا، ثم عرضوا عليه وهم أبناء خمس عشرة، فأجازهم، منهم زيد بن ثابت ورافع بن خديج وابن عمر.

(٣) المغني: ٣٥٩/٤ - ٤٦١، كشاف القناع: ٤٣٢/٣

رابعاً- الرشد :

الرشد عند الجمهور (الحنفية والمالكية والحنابلة)^(١) : هو صلاح المال ولو كان فاسقاً أي توفر الخبرة في إدارة المال واستثماره وحفظه وإصلاحه ، وحسن التصرف به ، وتمييز النافع من الضار ، فلا ينفق ماله في غير مصلحة ، ولا يضيعه بالتبذير والإسراف ، لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ آسَمْتُمْ مِنْهُمْ رِشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ قال ابن عباس : يعني صلاحاً في أموالهم . فمن كان مصلحاً لماله ، فقد وجد منه الرشد ، ولم يكن الحجر عليه إلا لحفظ ماله ، فكان المؤثر فيه ما أثر في تضييع المال ، أو حفظه .

وقال الشافعية^(٢) : الرشد صلاح الدين والمال ، وإصلاح الدين : ألا يرتكب من المعاصي ما يسقط به العدالة ، وإصلاح المال : أن يكون حافظاً لماله غير مبذر ، فلا يفعل محرماً يبطل العدالة : من كبيرة أو إصرار على صغيرة ، ولم تغلب طاعاته على معاصيه ، ولا يبذر بأن يضيع المال بغير فاحش^(٣) في المعاملة ونحوها ، أو رميه في بحر ، أو إنفاقه في محرم . فإذا بلغ الصغير غير رشيد لاختلال صلاح الدين أو المال ، دام الحجر عليه ، فيتصرف في ماله من كان يتصرف فيه قبل بلوغه .

والأصح عندهم أن صرفه في الصدقة ووجوه الخير والمطاعم والملابس التي لا تليق بحاله ليس بتبذير .

ويختبر الولي رشد الصبي في الدين والمال ، لقوله تعالى : ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَى ﴾ أي اختبروهم . أما في الدين فشاهدة حاله في العبادات ، وتجنب المحظورات ، وتوقي الشبهات ، ومخالطة أهل الخير .

وأما اختباره في المال فيحسب أمثاله ، فيختبر ولد التاجر بالبيع والشراء ،

(١) البدائع : ١٧٠/٧ ، الدر المختار : ١٠٥/٥ ، بداية المجتهد : ٢٧٨/٢ ، المغني : ٤٦٧/٤ ، كشاف القناع : ٤٣٣/٣

(٢) مغني المحتاج : ١٦٨/٢ ، ١٧٠ ، المهذب : ٣٣١/١

(٣) وهو مالا يحتل غالباً . أما الغبن اليسير فمثل بيع ما يساوي عشرة بتسعة ، وهذا إذا كان جاهلاً بالمعاملة .

والمماكسة فيها أي طلب النقصان عما طلبه البائع، وطلب الزيادة على ما يبذله المشتري. ويختبر ولد الزارع بالزراعة، والنفقة على العمال فيها، ويختبر المحترف بما يتعلق بحرفة أبيه وأقاربه. ويختبر المرأة بما يتعلق بالغزل والقطن حفظاً وحياسة وغيرها.

ويشترط تكرار الاختبار مرتين أو أكثر، قبل البلوغ. وقيل: بعده.

خامساً - ولي المحجور عليه :

الولي : هو صاحب السلطة الشرعية التي يتمكن بها صاحبها من التصرف في مال غيره من غير توقف على إجازة أحد. وقد اتفق أئمة المذاهب على أن ولي المحجور عليه صيباً أو غيره في الأموال هو الأب إن كان موجوداً، ولم يكن مجنوناً أو محجوراً عليه، واختلفوا في غير الأب.

قال الحنفية^(١): الولي الذي له حق التصرف في مال المحجور عليه : هو أبو الصبي، ثم وصيه بعد موته، ثم وصي وصيه، ثم جده (أبو أبيه)، ثم وصي جده ثم وصي وصيه، ثم الولي، ثم القاضي أو وصي القاضي. وهذا الترتيب مبني على درجة الشفقة، فشفقة الأب فوق شفقة الكل، وشفقة وصيه فوق شفقة الجد؛ لأنه مرضي الأب ومختاره، وشفقة الجد فوق شفقة القاضي، لوجود القرابة.

وما عدا المذكور من العصبّة كالأخ أو العم، أو غيرها كالأم ووصيها فليس لهم الإشراف على أموال المحجور عليه، ولا يملكون الإذن للقاصر بالتجارة. وهذا الترتيب للأولياء هو في شأن المال، أما في قضايا الزواج فللأولياء ترتيب آخر.

وقال المالكية^(٢): الولي على المحجور عليه من صغير أو سفیه لم يطرأ عليه السفه

(١) الدر المختار: ١٢٢/٥، تبين الحقائق: ٢٢٠/٥، البدائع: ١٥٥/٥

(٢) الشرح الكبير: ٢٩٩/٣، الشرح الصغير: ٣٨٩/٣ وما بعدها.

بعد بلوغه^(١) : هو الأب الرشيد ، ثم لوصيه ، ثم للحاكم ، فإن لم يكن حاكم فالولاية
لجماعة المسلمين . فلا تثبت الولاية المالية للجد والأخ والعم إلا بايضاء الأب .

وقال الشافعية^(٢) : ولي الصبي : أبوه ، ثم جده ، ثم وصي من تأخر موته من الأب
أو الجد ، ثم القاضي أو نائبه ، لخبر « السلطان ولي من لا ولي له »^(٣) . ولا ولاية لسائر
العصبات كالأخ والعم ، كما لا ولاية للأُم في الأصح : ولاية مال أو ولاية نكاح . وإني
مع هذا الرأي إذ لا أكاد أصدق أن عاطفة وصي الأب غير القريب أولى من الجد ،
فرابطة الدم والقرابة أشد باعثاً على الرعاية والحفظ والاهتمام بشؤون القصر .

وقال الحنابلة^(٤) كالمالكية تماماً : تثبت الولاية على الصبي والمجنون للأب ، ثم
لوصيه بعده ، ثم للحاكم . لكن إن جدد الحجر على الشخص بعد بلوغه ، فالولاية عليه
للحاكم ؛ لأن الحجر يفتقر إلى حكم حاكم ، وزواله يفتقر إليه ، فكذلك النظر في
ماله .

سادساً - تصرفات ولي القاصر :

اتفق الفقهاء على أن الولي يتصرف وجوباً في مال الصبي القاصر بالمصلحة وعدم
الضرر لقوله تعالى : ﴿ ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن ﴾ وقوله
سبحانه : ﴿ وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ﴾ كما أنهم اتفقوا على
أن الغني لا يأكل من مال اليتيم ، وللفقير أن يأكل بالمعروف من غير إسراف لقوله
تعالى : ﴿ ومن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف ﴾ وروى
الشيخان عن عائشة أنها نزلت في ولي اليتيم إذا كان فقيراً أنه يأكل منه مكان قيامه
عليه بالمعروف . وروى أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ فقال : ليس لي مال ، ولي

(١) أما لو طرأ عليه السفه بعد البلوغ فالحجر عليه للحاكم ، لا للأب .

(٢) مغني المحتاج : ١٧٢/٢ وما بعدها ، المذهب : ٢٢٨/١

(٣) رواه الترمذي وحسنه ، والحاكم وصححه .

(٤) المغني : ٤٧١/٤ ، كشف القناع : ٤٣٤/٣ .

يتيم، فقال عليه الصلاة والسلام: « كل من مال يتيمك غير مُشرف، ولا مُبذّر، ولا مُتأثّل مالاً، ولا تق مالك بماله »^(١).

وتفصيل المذاهب في تحقيق المصلحة كما يأتي:

قال الحنفية^(٢): لا يملك الولي شيئاً من التبرعات ومن مال الصغير لأن ذلك ضرر محض، فلا يقرض ماله ولا يوصي به، ولا يتصدق بماله، ولا يطلق امرأته، ولا يهب شيئاً من ماله من غير عوض، كما ليس له أن يهب بعوض عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن الهبة بعوض هبة ابتداء، وإنما تصير معاوضة انتهاء، وهو لا يملك الهبة. وتجاوز الهبة بعوض عند محمد لأنها في معنى البيع.

لكن للقاضي إقراض مال اليتيم، لأنه من باب حفظ الدين. وللولي أن يقبل الهبة والصدقة والوصية للصغير، لأن التصرف نفع محض، فيملكه الولي، وقال عليه الصلاة والسلام: « خير الناس أنفعهم للناس »^(٣).

وللولي إعارة مال القاصر استحساناً، وإيداعه، ورهنه بدين القاصر؛ لأن التصرف من توابع التجارة، وهو يملكها، كما له أن يرهن مال القاصر بدين للولي نفسه؛ لأن عين المرهون تحت يد المرتهن، إلا أنه إذا هلك يضمن مقدار ما صار مؤدياً منه دين نفسه.

وللولي أن يبيع مال القاصر بأكثر من قيمته، ويشترى له شيئاً بأقل من قيمته لأنه نفع محض له. كما له أن يبيعه بمثل قيمته، وبأقل من قيمته قدر ما يتغابن الناس فيه عادة. وله أن يشتري له شيئاً بمثل قيمته وبأكثر من قيمته قدر ما يتغابن الناس فيه عادة.

(١) رواه أبو داود والنسائي وأحمد وابن ماجه عن عبد الله بن عمرو. ومعنى « غير متأثّل مالاً » أي غير جامع.

يقال: مال مؤثّل، ومجد مؤثّل: أي مجموع ذو أصل (نيل الأوطار: ٢٥١/٥).

(٢) البدائع: ١٥٢/٥ وما بعدها، تكملة الفتح: ٤٩٩/٨ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص ٤٠٨.

(٣) رواه القضاعي عن جابر بن عبد الله، وهو حديث حسن.

وله أن يؤاجر نفس القاصر وماله بأكثر من أجر مثله ، أو بأجر مثله ، أو بأقل منه قدر ما يتغابن الناس فيه عادة . وله أن يستأجر للقاصر شيئاً بأقل من أجر المثل أو بأجر المثل ، أو بأكثر منه قدر ما يتغابن الناس فيه عادة . وفي حالة إجارة نفس القاصر إذا بلغ ، له الخيار : إن شاء أمضاها ، وإن شاء أبطلها ، دفعاً للإضرار ، ولا خيار له في إجارة المال ؛ لأن الأب يملك ذلك بحسب المصلحة ، وينفذ تصرفه .

وللولي أن يسافر بمال الصغير ، وأن يضارب به ، وأن يوكل بالبيع والشراء ، والإجارة والاستئجار ؛ لأن هذه التصرفات من توابع التجارة ، وكل من ملك التجارة ، ملك ما هو من توابعها .

وأما بيع عقار القاصر : فيجوز للولي العدل (محمود السيرة بين الناس أو مستور الحال) أن يبيعه بمثل القيمة فأكثر ، ولا يجوز بيعه للوصي إلا للضرورة كبيعه لتسديد دين لا وفاء له إلا بهذا المبيع . وهذا هو المفتى به . وينفذ بيع الوصي بإجازة القاضي ، وله رده إذا كان خيراً .

ويجوز للأب أو الجد أن يشتري مال الصغير لنفسه ، أو يبيع مال نفسه من الصغير ، بمثل قيمته أو بأقل مما يتغابن فيه عادة . ولا يجوز بغير فاحش . وينفذ البيع إذا أجازاه القاضي ، وللقاضي نقض البيع إذا رأى ذلك خيراً للصبي .

ولا يجوز الشراء أو البيع للوصي عند محمد . ويجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف إن كان البيع للوصي أو الشراء منه خيراً لليتيم ، وإلا فلا يجوز . وفسرت الخيرية : بأن تزيد السلعة التي يشتريها الوصي من الصغير بمقدار الثلث عن مثلها إذا اشتراها من غيره ، فلو كان يشتريها بعشرة من أجنبي (غير الصغير) ، فإنه يلزم أن يشتريها من الصغير بخمسة عشر .

وقال المالكية^(١) : يتصرف الولي في مال الصغير بالمصلحة ، فللأب بيع مال

(١) الشرح الكبير : ٢٩٩/٢ ، ٣٠٢ وما بعدها ، الشرح الصغير : ٢٩٠/٢ ، ٢٩٢ - ٢٩٥ .

ولده المحجور عليه مطلقاً ، عقاراً أو منقولاً ، ولا يتعقب بحال ، ولا يطلب منه بيان سبب البيع ؛ لأن تصرفه محمول على المصلحة . وله أيضاً هبة الثواب (أي بعوض) .

أما الوصي فلا يبيع عقار محجوره إلا لسبب يقتضي بيعه ، كما ليس له هبة الثواب من مال محجوره إلا لضرورة ، لأنه إذا هلك الموهوب ، لم يلزم إلا قيمته يوم الهلاك ، ومن الجائز أن تنقص قيمته يوم الهلاك عن قيمته يوم الهبة ، وهذا ضرر باليتيم .

كذلك يبيع الحاكم كالوصي مال المحجور عند الضرورة كالتفقة ووفاء الدين ونحوها . فيكون هذا المذهب كالحنفية من حيث المبدأ .

وذكر المالكية أحد عشر سبباً لجواز بيع عقار القاصر من وصي أو حاكم للضرورة وهي :

- ١ - الحاجة البينة للبيع كنفقة أو وفاء دين لا قضاء له إلا من ثمنه .
- ٢ - الخوف عليه من ظالم يأخذه منه غضباً ، أو يعتدي على ريعه ولم يستطع رده .
- ٣ - المصلحة الظاهرة (الغبطة) : بأن يبيعه بزيادة الثلث على ثمن المثل فأكثر .
- ٤ - أن يكون موظفاً عليه ضريبة ظالمة ، فيباع ليشتري له ما لا توظيف عليه إلا أن يكون الأول أكثر ريعاً .
- ٥ - أن يكون حصته مع شريك ، فيباع ليشتري له عقار مستقل لا شركة فيه تخلصاً من ضرر الشركة .
- ٦ - أن يكون ريعه قليلاً أو لا ريع له أصلاً ، فيباع ليستبدل له ما فيه ريع أكثر .

٧ - أن يكون العقار بين جيران سوء في الدين أو الدنيا، أو لكونه بين جيران ذميين، فيباع ليستبدل به عقار بين جيران صالحين .

٨ - أن يكون مشتركاً غير قابل القسمة، فيبيع شريكه حصته، فيباع مع بيع شريكه .

٩ - أن يخاف خرابه، ولا مال للمحجور عليه يعمر به إذا خرب، فيباع .

١٠ - أن يخاف خرابه، وله مال يعمر به، ولكن يبعه أولى من تعميره .

١١ - أن يصبح المنزل منفرداً في مكان لا تتقال العمارة عنه .

وقال الشافعية^(١): يتصرف الولي للقاصر بالمصلحة وجوباً، فيحفظ ماله عن أسباب التلف، ويستثمره ويتجرله في ماله، حتى لا تأكله المؤن من نفقة وغيرها، لقول النبي ﷺ: «من ولي يتيماً، وله مال فليتجرله بماله، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة»^(٢)، ويبني له داره بأمتن مواد البناء عند الإمكان . ويشترى له العقار إذا حصل من ريعه الكفاية لأنه يبقى وينتفع بغلته، هذا إذا لم يخف جوراً من سلطان أو غيره، أو خراباً للعقار . وله أن يسافر بمال الصبي والمجنون وقت الأمن إذا اقتضت المصلحة السفر به، ولا يشتري له ما يسرع فساده، وإن كان مريحاً .

ولا يبيع عقاره إلا في موضعين: أحدهما حاجة كنفقة وكسوة بأن لم تف غا العقار بهما، ولم يجد من يقرضه، أو لم ير المصلحة في الاقتراض، أو خاف خرابه، والثاني - لمصلحة (غبطة) ظاهرة، كأن يرغب فيه شريك أو جار بأكثر من ثمر مثله، وهو يجد مثله ببعضه، أو خيراً منه بكله، أو يكون ثقيل الحراج، أي المغارم والضرائب مع قلة ريعه .

(١) معني المحتاج: ١٧٤/٢ - ١٧٦، المهذب: ١ / ٢٢٨ - ٢٣٠ .

(٢) رواه الترمذي عن عبد الله بن عمرو بن العاص .

وله بيع مال القاصر مبادلة بعرض آخر، ونسيئة (مؤجلة) للمصلحة التي يراها فيها، كأن يكون في الأول ربح، وفي الثاني زيادة لائقة، أو خاف عليه من نهب أو إغارة. وإذا باع نسيئة أشهد على البيع وجوباً وارتهن بالثمن رهناً وافياً به. ويشترط أن يكون المشتري موسراً ثقة، والأجل قصيراً عرفاً، احتياطاً للمحجور عليه، فإن لم يفعل ذلك، ضمن، وبطل البيع على الأصح. ولا يودع ماله، ولا يقرضه من غير حاجة؛ لأنه يخرج من يده. ويزكي ماله وجوباً، لأن الولي قائم مقام القاصر، وينفق عليه بالمعروف في طعام وكسوة مما لا بد منه، بما يليق به في إعساره ويساره، فإن قترأثم، وإن أسرف أثم وضمن.

فإن ادعى الصغير بعد بلوغه على الأب والجديعاً لماله، ولو عقاراً، بلا مصلحة، صدق الأب والجديع باليمين؛ لأنها لا يتهمان لوفور شفقتها. وإن ادعاه على الوصي أو أمين القاضي، صدق الولد للتهمة في حقها. وإن أراد الولي أن يبيع مال القاصر بماله: فإن كان أباً أو جديعاً جاز البيع؛ لأنها لا يتهمان فيه، لكمال شفقتها، وإن كان غيرهما لم يجز، لما روي أن النبي ﷺ قال: «لا يشتري الوصي من مال اليتيم»^(١) ولأنه متهم بمراعاة مصلحته في بيع مال القاصر من نفسه.

وقال الحنابلة^(٢) كالشافعية تقريباً: لا يجوز لولي الصغير والمجنون أن يتصرف في مالهما إلا على وجه الحظ (المصلحة) لهما، لقوله تعالى: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾.

فإن تبرع بهمة أو صدقة، أو حاجي بأن اشترى بزيادة، أو باع بنقصان، أو زاد على النفقة عليها بالمعروف، ضمن؛ لأنه مفطر، كتصرفه في مال غيرها. وللولي الإنفاق عليها من مالها بغير إذن الحاكم.

(١) رواه الطبراني، ورجاله رجال الصحيح عن صلة بن زفر عن ابن مسعود من قوله (مجمع الزوائد ٤/٢١٤).

(٢) كشف القناع ٤٣٥/٣ - ٤٣٩.

ولا يصح للولي أو الوصي أو الحاكم أن يشتري من مال الصغير والمجنون شيئاً لنفسه ، أو يبيعها شيئاً من نفسه ، أو يرتهن من مالها لنفسه ؛ لأنها مظنة التهمة ، إلا الأب لو فور شفقتة ، وسعيه في مصلحة ابنه ، فلا يفعل إلا ما فيه حظه ، بخلاف غيره .

ويجب على الولي إخراج زكاة مالها من مالها .

ولا يصح إقرار الولي عليها بمال ولا إتلاف ونحوه ؛ لأنه إقرار على الغير .

وللولي السفر بمالها لتجارة وغيرها في مواضع الأمن وغلبة السلامة ؛ لأنه أحظ لها .

وللولي التجارة بالمال بنفسه ولا أجره له ، والربح كله للمولى عليه ؛ لأنه نماء ماله ، والتجارة بمالها أولى من تركها ، لقول عمر وغيره : « اتجروا في أموال اليتامى لئلا تأكلها الصدقة » . وللولي دفع المال مضاربة إلى أمين يتجر فيه بجزء من الربح ، وله إبطاعه أي دفع مالها إلى من يتجر به ، والربح كله للمولى عليه .

وله بيعه نسيئاً للملي ، وله قرضه لمصلحة فيها ، بأن يكون الثمن المؤجل أكثر مما يباع به حالاً ، وذلك لحاجة سفر أو خوف على المال من نهب أو غرق أو غيرها ، ولو بلا رهن ولا كفيل به . فإن ضاع المال أو تلف بسبب ترك الرهن والكفيل لم يضمن الولي ؛ لأن الظاهر السلامة .

وله إيداع مال المولى عليه لثقة ، أو قرضه لمليء أمين ، لمصلحة فيه ؛ لأنه أحفظ له ، ولا ضمان على الولي إن تلف لعدم تفريطه . ولا يقرض وصي ولا حاكم منه شيئاً لنفسه ، كما لا يشتري من نفسه ، ولا يبيع لنفسه للتهمة ، أما الأب فيجوز له لعدم التهمة ، كما بينا .

وله هبة المال بعوض قدر قيمته فأكثر ، أما بدونها فحبابة لا تصح . وله رهنه عند ثقة لحاجة .

وللولي شراء العقار للمولى عليه ليستغل ، وله أيضاً بناؤه بما جرت به عادة أهل بلده .

وله تعليمه الخط والرماية والأدب وما ينفعه ، وأداء الأجرة عنه من مال المولى عليه ؛ لأنه لمصلحته ، وله تسليته للعمل في صناعة ، ومداواته لمصلحة بلا إذن حاكم . وللولي بيع عقار المولى عليه لمصلحة ، ولو لم يحصل زيادة على ثمن مثله . وأنواع المصلحة كثيرة منها :

- الحاجة إلى نفقة أو كسوة أو قرضه دين ونحوها مما لا بد منه للصغير أو المجنون إذا لم يكن لها ما تندفع به الحاجة سوى المبيع .

- أن يخاف على العقار الهلاك بفرق أو حرق أو خراب ، ونحوها .

- أن يكون في بيع العقار صفقة رابحة للقاصر ، كأن يباع بزيادة كثيرة على ثمن مثله ، ولا يتقيد بالثلث .

- أن يكون العقار في مكان لا ينتفع به ، كأن يكون في حي غير عامر ، أو قليل النفع ، فيبيعه ليشترى له عقاراً في مكان أهل بالسكان ، أو أكثر نفعاً .

- أن يرى الولي شيئاً يباع بسعر رخيص ، لا يمكن شراؤه إلا ببيع العقار .

- أن يكون العقار في مكان يتضرر الغلام بالمقام فيه ، كسوء الجوار أو غيره . ونحوه مما لا ينحصر مما يكون فيه مصلحة . ولا يباع إلا بثمن المثل .

سابعاً - الإذن للقاصر في التصرفات :

الإذن في اللغة : الإعلام ، ومنه الأذان ؛ لأنه إعلام بوقت الصلاة ، قال تعالى : ﴿ وَأَذَانٌ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ إِلَى النَّاسِ يَوْمَ الْحَجِّ الْأَكْبَرِ ﴾ أي إعلام . وقال تعالى : ﴿ وَأَذِّنْ فِي النَّاسِ بِالْحَجِّ ﴾ أي أعلمهم به .

وفي الشرع : الإذن : فك الحجر في التجارة ، وإطلاق التصرف ، وإسقاط الولي
حق المنع من التصرف للقاصر .

واتفق الفقهاء على اختبار المميز في التصرفات ، لمعرفة رشده ، لقوله تعالى :
﴿ وابتلوا اليتامى ﴾ أي اختبروهم . واختباره بتفويض التصرفات التي يتصرف فيها
أمثاله . فإن كان من أولاد التجار ، اختبر بالمماكسة في البيع والشراء ، وإن كان من
أولاد الزراع اختبر بالزراعة ، وإن كان من أولاد أصحاب الحرف اختبر بالحرفة .
والمرأة تختبر في شؤون البيت من غزل وطهي طعام وصيانتها وشراء لوازم البيت ،
ونحوها^(١) .

واختلفوا في إذن الولي للقاصر بالتجارة وفي أثر الإذن على التصرفات :

١ - فقال الشافعية^(٢) : لا يجوز الإذن له في التجارة ، وإنما يسلم إليه المال ،
ويعتحن في المماكسة ، فإذا أراد العقد عقد الولي ؛ لأن تصرفاته وعقوده باطلة لعدم
توافر العقل الكافي لتقدير المصلحة في مباشرة التصرف ، فلا يثبت له أحكام العقلاء
قبل وجود مظنة كمال العقل . لكن يختبر السفية ، فإذا ظهر رشده عقد ؛ لأنه مكلف .

٢ - وقال الحنفية ، والمالكية في المعتمد عندهم ، والحنابلة في الرواية الراجحة^(٣) :
يجوز للولي المالي الإذن للقاصر في التجارة إذا أنس منه الخبرة ، لتدريبه على طرق
المكاسب ، لقوله تعالى : ﴿ وابتلوا اليتامى ﴾ أي اختبروهم لتعلموا رشدهم . وإنما
يتحقق الاختبار بتفويض التصرف إليهم في البيع والشراء ، ولأن المميز عاقل مجبور
عليه ، فيرتفع حجره بإذن وليه ، ويصح تصرفه بهذا الإذن ، فلو تصرف بلا إذن لم

(١) المغني : ٤٦٨/٤ .

(٢) مغني المحتاج : ١٧٠/٢ .

(٣) الدر المختار : ١٠٨/٥ - ١١١ ، تبين الحقائق : ٢٠٣/٥ وما بعدها ، البدائع : ١٩٤/٧ وما بعدها ، الشرح

الكبير : ٢٩٤/٣ ، ٣٠٣ وما بعدها ، الشرح الصغير : ٢٨٤/٣ ، ٢٩٦ ، المغني : ٤٦٨/٤ ، كشاف القناع :

٤٤٥/٣ .

يصح عند الحنابلة ، ولم ينفذ عند المالكية والحنفية . وهذا الرأي هو الأرجح والمعقول ، لاتفاقه مع طبيعة التدريب على التصرفات .

والإذن عند الحنفية والمالكية قد يكون صريحاً ، مثل أذنت لك في التجارة ، أو دلالة ، كما لو رآه يبيع ويشترى ، فسكت ؛ لأن سكوته دليل الرضا ، ولو لم يعتبر سكوته ، لأدى إلى الإضرار بمن يعاملونه .

وقال الحنابلة وزفر من الحنفية : لا يثبت الإذن بالدلالة ، لأن سكوته محتمل للرضا ، ولعدم الرضا .

وأما أثر الإذن : فقال الحنفية : الإذن فك الحجر لا توكيل ، فيكون عاماً ، وإن قيده بنوع خاص ، فلا يتوقت ولا يتخصص بنوع ولا بمكان ؛ لأنه إسقاط ، والإسقاطات لا تقبل التقييد . فإذا أذن الولي في التجارة ، نفذت جميع تصرفات المأذون التي تحمل النفع والضرر ، فله أن يبيع ويشترى ويضارب ويرهن ويسترض ، ويؤجر ويستأجر . وليس له أن يهب أو يتصدق أو يقرض أو يتكفل ، لأن التصرف تبرع ، وليس تجارة ولا من مستلزمات التجارة .

ويجوز للمأذون عند أبي حنيفة أن يتصرف بغبن فاحش ؛ لأنه أصبح بالإذن كامل الأهلية ، ولكامل الأهلية التصرف بشؤون التجارة ولو بغبن فاحش .

وقال الصحابان : لا يجوز تصرفه بغبن فاحش ؛ لأن الزيادة الناجمة عن الغبن بمنزلة التبرع ، وهو لا يملكه . وهذا في تقديري أولى لأن هذا التصرف مشتمل على ضرر له ، وهو لا يملك التصرف الضار .

ومذهب المالكية في نفاذ تصرفات المأذون في المعاوضات المالية دون التبرعات هو للحنفية ، إلا أنهم قالوا كالصاحبين : لا ينفذ التصرف المشتمل على غبن فاحش .

ومذهب الحنابلة : أن الإذن بمثابة التوكيل ، فلا ينفك الحجر بالإذن إلا فيما

أذن له فيه وليه فقط ، فإذا أذن الولي في التجارة في مئة ، لم يصح تصرف المأذون فيما زاد عليها ، وإذا أذن في نوع من التجارة ، يتقيد فيه فقط ؛ لأن تصرفه جاز بالإذن ، فيزول الحجر عنه ويتقيد فيما أذن له فيه . لكن المأذون في التجارة من مميز ونحوه كضارب في البيع ، له البيع نسيئة أو بعرض (متاع) ، لا كوكيل ؛ لأن الغرض هنا الربح كالمضاربة .

ويصح إقرار المميز المأذون بقدر ما أذن له فيه ؛ لأن الحجر انفك عنه فيه ، وليس له التوكيل فيما أذن له فيه .

المطلب الثاني - أثر الحجر في تصرفات المجنون :

المجنون : هو من زال عقله . فإن استمر جنونه في جميع الأوقات ، كان جنوناً مُطْبِقاً ، وإذا ذهب عقله في وقت ، وأفاق في وقت ، كان جنونه متقطعاً .

ففي وقت الجنون يكون المجنون كالصبي غير المميز ، تسلب عنه الولايات الثابتة بالشرع كولاية الزواج ، أو الثابتة بالتفويض كالإيصال والقضاء ، وتبطل أقواله في الدين والدنيا كالإسلام والمعاملات ، لعدم قصده .

فلا تعتبر تبرعاته كالصدقة والهبة ، وتبطل جميع عقودة وتصرفاته كالبيع والشراء وإقراراته وطلاقه ؛ لأنه فاقد الأهلية . وتعتبر أفعاله كالإحبال وإتلاف مال غيره ، فينسب الولد له ، ويضمن جنايته على نفس أو طرف أو جرح ، فيلتزم بأرش (تعويض) الجناية .

وأما في وقت الإفاقة التامة بحيث يكون المصاب كامل العقل والتمييز فتعتبر تصرفاته صحيحة نافذة . فإن كانت إفاقته غير تامة ، بأن كان يعقل بعض الأشياء دون بعض ، فتعد تصرفاته كالمميز موقوفة على إجازة وليه إذا كانت محتملة الضرر والنفع ، وتبطل إذا كانت ضارة ، وتنفذ إذا كانت نافعة . وهذا عند الحنفية والمالكية .

المطلب الثالث - أثر الحجر في تصرفات المعتوه :

المعتوه : هو من كان قليل الفهم ، مختلط الكلام ، فاسد التدبير لاضطراب عقله ، سواء من أصل الخلقة ، أو لمرض طارئ .

فإن كان العته شديداً ، والمعتوه غير مميز ، فهو كالمجنون والصغير غير المميز ، تكون تصرفاته كلها باطلة . وقد ألحقت كتب الفقهاء العته بالمجنون^(١) .

وإن كان العته خفيفاً ، والمعتوه مميزاً ، فتصرفه الضار عند الحنفية والمالكية يكون باطلاً ، والنافع يكون صحيحاً ، والدائر بين النفع والضرر يكون موقوفاً على إجازة وليه ، فهو كالصبي المميز^(٢) .

المطلب الرابع - أثر الحجر على السفية :

يحجر على السفية باتفاق المذاهب ، كما يحجر على الصبي والمجنون ، والحجر على السفية هو المقتى به والمختار في المذهب الحنفي .

والسفيه : هو من يبذر ماله ، ويصرفه في غير موضعه الصحيح ، بما لا يتفق مع الحكمة والشرع . وفسر المالكية^(٣) السفه : بصرف المال في معصية كخمر وقمار (اللعب بالدرهم على أن من غلب صاحبه فله من المعلوم كذا ، وهو محرم إجماعاً) أو بصرفه في معاملة من يبيع أو شراء بغبن فاحش خارج عن العادة بلا مصلحة (من غير مبالاة) أو صرفه في شهوات نفسانية على خلاف عادة مثله في مأكله ومشربه وملبوسه ومركوبه

(١) البدائع : ١٧٠/٧ ، تبين الحقائق : ١٩١/٥ وما بعدها ، تكملة الفتح : ٣١٠/٧ - ٣١٢ ، الدر المختار : ١٠٠/٥ وما بعدها ، اللباب : ٦٦/٢ وما بعدها ، الشرح الكبير : ٢٩٢/٣ ، الشرح الصغير : ٢٨٢/٣ ، ٢٨٨ ، مفاتيح المحتاج : ١٦٥/٢ وما بعدها ، المهذب : ٣٢٨/١ ، كشاف القناع : ٤٣٠/٣ وما بعدها .

(٢) الدر المختار ورد المختار : ١٠٠/٥ ، تكملة الفتح : ٣١١/٧

(٣) الشرح الصغير : ٢٩٢/٣

ونحوها، أو بإتلافه هدرًا، كأن يطرحه على الأرض أو يرميه في بحر ونحوه .

وقد اختلفت المذاهب في تعريفه وفي أحكامه

١- مذهب الحنفية^(١) : السفه : هو تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضى الشرع أو العقل، ولو في الخير، كأن يصرفه في بناء المساجد ونحوها . والتبذير كالإسراف في النفقة، وأن يتصرف تصرفات لا لغرض، أو لغرض لا يعده العقلاء المتدينون غرضاً كدفع المال إلى المغنين، والغبن في التجارات من غير محمدة^(٢) .

والسفيه : الخفيف العقل، المتلف لماله فيما لا غرض له فيه، ولا مصلحة . وحكمه مختلف فيه، فقال أبو حنيفة : لا يحجر على الحر العاقل البالغ بسبب السفه والذئب والفسق والغفلة . فلا يحجر على السفيه ويظل تصرفه في ماله جائزاً، وإن كان مبدراً فسداً يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة ؛ لأن في سلب ولايته على ماله إهدار آدميته، وإحاقه بالبهائم، وهو أشد ضرراً من التبذير، فلا يتحمل الضرر الأعلى لدفع الأدنى . قال تعالى : ﴿ وآتوا اليتامى أموالهم ، ولا تبدلوا الخبيث بالطيب ﴾ والمراد به بعد البلوغ^(٣) .

لكن إذا بلغ الغلام غير رشيد لإصلاح ماله، لم يسلم إليه ماله في أوائل بلوغه، حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة . وإن تصرف في ماله بعد البلوغ قبل أن يبلغ تلك السن، نفذ تصرفه، لوجود الأهلية، وإذا بلغ خمساً وعشرين سنة، سلم إليه ماله، وإن لم يؤنس منه الرشد؛ لأن المنع عنه للتأديب، ولا يتأدب بعد هذه السن غالباً، فقد يصير جدًّا في هذه السن، فلا فائدة في المنع . وهذا كله غير المفتى به .

(١) البدائع : ١٦٩٧ ، ١٧١ ، الدر المختار ورد المختار : ١٠٢/٥ وما بعدها ، تبين الحقائق : ١٩٥/٥ وما بعدها ،

تكلة الفتح : ٣١٠/٧ وما بعدها ، اللباب : ٦٨/٢ وما بعدها .

(٢) التسامح في التصرفات من حيث الأصل ، والبر والإحسان مشروع ، إلا أن الإسراف حرام كالإسراف في

الطعام والشراب ، قال تعالى : ﴿ والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا ﴾

(٣) لكن يلاحظ أن هذه الآية مقيدة بآية : ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم ﴾

وقال صاحبان : يحجر على السفية والمديون والمغفل ، ولا يحجر على الفاسق .
وبقولها يفتى صيانة مال السفية والمغفل ، ورعاية لمصلحة الدائنين الغرماء . ودليل
الصاحبين وأئمة المذاهب الأخرى على جواز الحجر على السفية : قوله تعالى : ﴿ ولا
تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً ﴾ فقد نهى الله الأولياء عن إعطاء
السفهاء أموالهم ، مما يدل على منعهم من التصرف ، إذ لو أبيع لهم التصرف ، لأمكنهم
إتلاف أموالهم ، وهي في يد أوليائهم ، فلا يكون لمنع المال عنهم فائدة . وقال
النبي ﷺ فيما يرويه الطبراني بإسناد صحيح : « خذوا على يد سفهائكم »

ثم إن في الحجر على السفية رعاية لمصلحته ، ودفع الضرر عنه بحفظ ماله وعدم
وقوعه في الحاجة والفقر ، كما أن فيه رعاية المصلحة العامة بدفع الضرر عن الناس
الذين يعاملونه ، حتى لا يصبح الشخص عالة على المجتمع ، ومنعاً من إلحاق الضرر
بالأموال ، ودفع الضرر واجب شرعاً لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا ضرر ولا
ضرار »^(١)

وبناء على قول صاحبين المفتي به : حكم السفية المحجور عليه كحكم الصبي
المميز ، في التصرفات التي تحدث الفسخ كالبيع والشراء ، تصح موقوفة على إجازة القيم
عليه . فإن باع بعد الحجر لم ينفذ بيعه ، وإن كان في بيعه مصلحة ، أجازها الحاكم .

أما التصرفات التي لا تحدث الفسخ كالزواج والطلاق ، فتصح منه ، فإن تزوج
امرأة أو أربع نسوة ، جاز نكاحه ؛ لأنه من حوائج الأصلية ، ولأنه لا يبطله الهزل .
ثم إن سمي لها مقدار مهر مثلها ، جاز ، وإن زاد على مهر المثل ، بطل الزائد ؛ لأنه
لا ضرورة فيه . ولو طلقها قبل الدخول ، وجب نصف المهر المسمى .

(١) حديث حسن رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسنداً عن أبي سعيد الخدري ، ورواه مالك في الموطأ مرسلأ
عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي ﷺ . وله طرق يقوي بعضها بعضاً .

وتصح وصيته بمقدار الثلث من ماله ، بشرط أن تكون الوصية لجهة خيرية كالإنفاق على الفقراء ، أو بناء المساجد أو المشافي أو المدارس؛ لأن الوصية لا تنفذ إلا بعد وفاته .

ويجوز إقراره على نفسه بالحدود والقصاص ، ولا يصح إقراره بالمال بعد الحجر عليه .

وتجب عليه نفقة أولاده وزوجته ومن تجب عليه نفقته من ذوي أرحامه ، وتخرج زكاة ماله ؛ لأن السفه لا يبطل حقوق الناس .

وتصح منه عباداته ، ومنها الحج المفروض عليه ، لكن لا يسلم القاضي النفقة إليه ، وإنما يسلمها إلى ثقة من الحجاج ، ينفقها عليه في طريق الحج ، كيلا يتلفها في غير الحج .

ويلاحظ أنه لا يثبت الحجر على السفه أو المدين إلا بقضاء القاضي ، بخلاف الصغر والجنون والعتة .

٢- مذهب المالكية^(١) : السفه هو المبذر لماله إما لإنفاقه باتباعه لشهوته ، وإما لقلّة معرفته بمصالحه وإن كان صالحاً في دينه . والسفه : صرف المال في غير ما يراد له شرعاً . والحجر على السفه من حقوق الأب إذا كان السفه قريباً من البلوغ كالصبي ، فإن كان طرّو السفه بعد البلوغ بأكثر من عام ، فلا بد من حكم الحاكم بالحجر عليه .

وحكم تصرفاته ما يأتي : ينفذ على الراجح قبل الحجر تصرف السفه الذكر البالغ الذي لا ولي له ولا قيم عليه (ويسمى المَهْمَل) المحقق السفه ، بدون إجازة من أحد ، ولو تصرف بغير عوض ، سواء أكان سفهه أصلياً (أي حدث قبل البلوغ) غير طارئ ، أم طرّاً بعد أن بلغ رشيداً .

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي : ٢٩٦/٣ وما بعدها ، الشرح الصغير : ٢٨٧/٣ وما بعدها ، و ٣٩٣ ، بداية المجتهد : ٢٧٩/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢١ .

أما غير محقق السفه أي مجهوله فتصرفه نافذ اتفاقاً . وأما الصبي السفیه والأثنى البالغة السفیهة المَهْمَلان (أي لا ولي لها) فتد تصرفاتها، إلى أن يبلغ الصبي، وإلى أن تعنس الأثنى وتتعد عن المحيض وهو سن الأربعين أو من خمسين إلى ستين، أو تمضي سنة بعد دخول الزوج بها .

وتصح وصية السفیه المحجور، وتنفذ، كما ينفذ طلاق زوجته وخلعه لها، ولا تلزمه هبة ولا صدقة ولا عطية، ولا شيء من المعروف . ويصح إقراره بموجب عقوبة من حد أو قصاص .

وأما تصرف السفیه المحجور بعوض، فهو موقوف على نظر وليه، أي أن حكم تصرفه كحكم تصرف الصبي المميز، المتقدم . ويتصرف الولي على المحجور وجوباً بالمصلحة العائدة على محجوره حالاً أو مآلاً، فله ترك شفعة وقصاص، ولا يعفو عن عمد أو خطأ مجاناً بلا أخذ مال، لما فيه من عدم المصلحة .

٣- مذهب الشافعية^(١) : السفه : تبذير^(٢) المال، وسوء التصرف، بأن يُضَيِّع المال باحتمال غبن فاحش في المعاملة ونحوها، أو يرمي المال وإن قل في بحر أو نار، أو نحوه، أو ينفقه في محرّم ولو معصية صغيرة، لما فيه من قلة الدين . والأصح أن صرف المال، وإن كثر، في الصدقة وباقي وجوه الخير، والمطاعم والملابس التي لا تليق بحاله، ليس بتبذير؛ لأن له في الصرف في الخير غرضاً وهو الثواب، فإنه لا سرف في الخير، كما لا خير في السرف، ولأن المال يتخذ لينتفع به ويلتذ .

ولا بد في الحجر على السفیه من حكم القاضي عليه، لا غيره من أب أو جد لأنه محل اجتهاد، ويسن أن يشهد القاضي على حجر السفیه، ليتجنب في المعاملة . ولو

(١) معني المحتاج : ١٦٨/٢ ، ١٧٠ - ١٧٣ ، المذهب : ٣٣٢/١ .

(٢) التبذير : الجهل بواقع الحقوق . والسرف : الجهل بمقادير الحقوق ، وحقيقة السرف : مالا يكسب حداً في العاجل ، ولا أجراً في الآجل .

عاد رشيداً لا يرتفع الحجر عنه إلا برفع القاضي له ، كما لا يثبت إلا به .

وولي السفية : هو القاضي ، إذ ولاية الأب ونحوه قد زالت ، فيشرف عليه من له النظر العام .

وأما تصرفاته : فيصح بإذن الولي نكاحه . ويصح طلاقه ورجعته وخلعه زوجته بمثل المهر وبدونه ، وظهاره وإيلاؤه ، ونفيه النسب لما ولدته زوجته بلعان ، واستلحاقه نسب ولد منه .

ولا يصح تصرفه المالي في الأصح ولو بإذن الولي ؛ لأن عبارته مسلوبة ، كما لو أذن لصي فلا يصح من المحجور عليه لسفه يبيع ولا شراء ولا هبة ، فلو اشترى أو اقترض وقبض وتلف المأخوذ في يده أو أتلفه فلا ضمان عليه ، ولا يصح إقراره بدين قبل الحجر عليه أو بعده ، كالصي . كما لا يصح إقراره بإتلاف المال أو جنائية توجب المال في الأظهر ، كدين المعاملة . ويصح إقراره بالحد والقصاص ، لعدم تعلقها بالمال ، ولبعد التهمة . وتقطع يده لو كان الحد سرقة . ولا يلزمه المال لو عفا مستحق القصاص ؛ لأن المال ثبت باختيار غيره ، لا بإقراره .

وحكمه في العبادة الواجبة مطلقاً ، والمندوبة البدنية كالرشيد ، لاجتماع الشرائط فيه . أما المندوبة المالية كصدقة التطوع ، فليس هو فيها كالرشيد . لكن لا يفرق الزكاة بنفسه ؛ لأنه ولاية وتصرف مالي ، لكن لو أذن له الولي ، وعين له المدفوع إليه ، صح صرفه ، كالصي المميز ، بشرط أن يكون تصرفه بحضرة الولي أو نائبه ، لأنه قد يتلف المال إذا خلا به ، أو يدعي صرفه كاذباً .

ويصح نذره في الذمة بالمال ، لا بعين ماله . وإذا أحرم بحج مفروض (أصلي أو قضاء أو مندور قبل الحجر) ، أعطى الولي كفايته لثقة ينفق عليه في طريقه ، كما قال الحنفية . وإن أحرم حال الحجر بتطوع من حج أو عمرة ، أو بنذر بعد الحجر ، وزادت مؤنة سفره عن نفقته المعتادة في أثناء الإقامة (أو الحضر) ، فللولي منعه من

الإتمام، أو الإتيان به، صيانة لماله، والمذهب أنه يكون كْمَحْصَر (ممنوع من إكمال الحج)، فيتحلل؛ لأنه ممنوع من المضي، ويتحلل بالصوم؛ لأنه ممنوع من المال. لكن لو كان له في طريقه كسب، قدر زيادة المؤنة، لم يجز منعه؛ لأن الإتمام بدون التعرض للمال ممكن.

٤- مذهب الحنابلة^(١): السفية: هو الذي لا يحسن التصرف.

ولا بد للحجر عليه - كما قال سائر الأئمة - من حكم الحاكم، كما أن رفع الحجر عنه لا بد له من الحكم؛ لأنه حجر ثبت بحكمه، فلم يزل إلا به، كالمدين المفلس.

ومن حجر عليه الحاكم استحبه له إظهاره والإشهاد على الحجر عليه، لتجنب معاملته، كما قال الشافعية، ومن عامله بعدئذ فهو المتلف لماله.

وولي السفية: هو الأب، أو وصيه بعده، أو الحاكم عند عدمها، إن كان محجوراً عليه صغيراً، واستديم الحجر عليه لسفهه. وإن جدد الحجر عليه بعد بلوغه، لم ينظر في ماله إلا الحاكم؛ لأن الحجر وإزالته يفتقر إلى حكم حاكم، فكذلك النظر في ماله.

وأما تصرفاته: فيصح نكاحه بإذن وليه وبغير إذنه، كما قال الحنفية، إن احتاج إليه؛ لأنه في هذه الحالة مصلحة محضة، ويتقيد بمهر المثل فلا يزيد عليه؛ لأن الزيادة تبرع، وليس السفية من أهله. فإن لم يكن السفية محتاجاً إلى التزوج، لا يصح تزوجه إلا بإذن وليه؛ لأنه تصرف يجب به مال، فلم يصح بغير إذن وليه كالشراء.

ويصح طلاقه؛ لأن الطلاق ليس بتصرف في المال، كما يصح خلعه زوجته؛ لأنه إذا صح الطلاق بدون دفع مال منه، فالخلع الذي يجلب له المال أولى، لكن لا يدفع العوض إليه. وهو متفق عليه فقهاً، كما لاحظنا.

(١) المغني: ٤٦٩/٤ - ٤٧٥، كشاف القناع: ٤٤٠/٣ - ٤٤٣.

ويصح ظهاره وإيلاؤه ولعانه ونفي النسب باللعان عن السفية ، وإقراره بنسب ولد منه .

وتصح وصيته ، كما قال سائر الفقهاء ، لأنها محض مصلحته ، لأنها تقرب إلى الله تعالى بماله ، بعد استغنائه عنه .

ويصح إقراره بما يوجب حداً أو قصاصاً ، كما قال سائر الفقهاء ، كالزنا والسرقة والشرب والقذف والقتل العمد أو قطع اليد وما أشبهها . وإذا أقر بما يوجب القصاص ، فعفا المقر له على مال ، فالصواب : أنه لا يجب المال الذي عفا عليه في الحال ، كما قال الشافعية ؛ لأن السفية والمقر له قد يتواطآن على العفو ، بل يجب إذا انفك الحجر عنه .

ولا يصح إقراره بدين ، أو بما يوجب الدين كجناية الخطأ ، وشبه العمد وإتلاف المال وغصبه وسرقته ، ولا يلزمه ما أقر به في حال حجره ؛ لأنه محجور عليه لمصلحته ، لكن الظاهر من قول الحنابلة : أنه يلزمه ما أقرّ به بعد فك الحجر عنه .

والحكم في السفية كالحكم في الصبي والمجنون في وجوب الضمان بإتلاف مال الغير بغير إذنه ، كما قال سائر الفقهاء .

ولا تصح تبرعاته ، كالهبة والوقف ، كما قال بقية الفقهاء ؛ لأن التبرع ضرر محض ، وليس السفية من أهله ، حفظاً لماله . ولا تصح شركة السفية ولا حوالة ولا الحوالة عليه ، ولا كفالته لغيره ، لأن المذكور تصرف مالي ، فلم يصح منه كالبيع والشراء .

ولا تصح تصرفاته من بيع وشراء بغير إذن وليه ، فتكون باطلة ؛ لأنه محجور عليه لحفظ ماله عليه . فإن أذن ولي السفية له بالبيع والشراء ، فهل يصح منه ؟ .
على وجهين :

أحدهما - يصح لأنه عقد معاوضة ، فلكه بالإذن كالنكاح ، ويظهر أن هذا هو الأرجح عندهم .

والثاني - لا يصح ؛ لأن الحجر عليه لتبذيره وسوء تصرفه ، فإذا أذن له ، فقد أذن فيما لا مصلحة فيه ، فلم يصح . وقد عرفنا أن هذا الوجه هو الأصح عند الشافعية .

ويلتزم السفيه بواجباته الشرعية كنفقة زوجته وخادمه ومن تلزمه نفقته ، وتجب عليه الفرائض الدينية المتعلقة بالأموال ، كالزكاة ، لكن لا يباشر توزيعها بنفسه ، بل يفرقها وليه ، كسائر تصرفاته المالية . ويصح منه نذر كل عبادة بدنية كالحج والصيام والصلاة ؛ لأنه غير محجور عليه في بدنه . ولا يصح منه نذر عبادة مالية كصدقة وأضحية لأنه تصرف في مال .

وإن أحرم السفيه بحج فرض ، صح إحرامه به ، كسائر عباداته ، وتدفع النفقة من ماله إلى ثقة ، ينفق عليه في الطريق ، حتى يعود ، كما قال باقي الفقهاء . وإن كان الحج الذي أحرم به تطوعاً ، وكانت نفقته في السفر كنفقته في الحضر ، أو كانت نفقته في السفر أزيد ، لكن يكتسب السفيه الزائد في سفره ، لم يمنعه وليه من إتمام الحج ؛ لأنه وجب بالشروع . فإن كانت نفقة السفر أزيد ، ولم يكتسبها فلوليه تحليله من الإحرام بحج النفل ، لما عليه من الضر فيه ، ويتحلل بالصيام أي صيام عشرة أيام ، كالمعسر إذا أحصر ، كما قال الشافعية .

وحكم تصرف ولي السفيه ، كحكم تصرف ولي الصغير والمجنون مقيد بتحقيق المصلحة للمولى عليه .

والخلاصة : أن تصرفات السفيه بالبيع والشراء ونحوها موقوفة على إجازة وليه عند الحنفية والمالكية ، وباطلة ولو ياذن الولي عند الشافعية ، وباطلة بغير إذن الولي ، وتصح وتنفذ ياذنه عند الحنابلة على الراجح .

المطلب الخامس - أثر الحجر على المغفل :

المغفل أو ذو الغفلة : هو من يغبن في البيوع ، ولا يهتدي إلى التصرفات الراجحة في بيعه وشرائه ، لقلة خبرته وسلامة قلبه . ويختلف عن السفیه بأنه ليس بمفسد لماله ، ولا بمتابع هواه ، ولا يقصد الإفساد . والسفيه عكسه ، مفسد قصداً لماله ، متابع لهواه . والمغفل ليس هو المعتوه ؛ لأن المعتوه يخلط في كلامه .

ولا يحجر على المغفل عند أبي حنيفة ، ويحجر عليه عند الصحابين ، ويفق بقولهما ، وهو رأي باقي الفقهاء ، رعاية لمصلحته وحكم تصرفاته كالسفيه^(١) .

بدء الحجر على السفیه والمغفل ونهايته :

قال محمد بن الحسن ، وابن القاسم المالكي^(٢) : يثبت الحجر على السفیه والمغفل من وقت ظهور أمارات السفه أو الغفلة ، ويزول بزوالهما ، دون توقف على قرار القاضي بالحجر ؛ لأن المسبب يدور مع سببه وجوداً وعدماً .

وبناء عليه لا تصح ولا تنفذ تصرفاتها بمجرد ظهور الأمارات المذكورة ويكون محجوراً عليهما ولو قبل صدور قرار القاضي .

وقال أبو يوسف (ورأيه الراجح عند الحنفية) وجمهور الفقهاء^(٣) : لا يثبت الحجر على السفیه وذی الغفلة ، ولا يرفع إلا بقرار القاضي بثبوتة أو رفعه ؛ لأن كلاً من السفه والغفلة ليس أمراً محسوساً كالجنون والعتة ، وإنما يستدل عليه بالتصرفات الحاصلة من السفیه والمغفل ، وهذه أمور تقديرية اجتهادية ، تختلف باختلاف وجهات النظر ، فلا بد من حكم القاضي للثبوت من الأمر ورفع الخلاف ، ومنعاً من

(١) الدر المختار : ١٠٢/٥ وما بعدها ، تبیین الحقائق : ١٩٨/٥ وما بعدها ، البدائع : ١٦٩/٧ .

(٢) رد المختار : ١٠٣/٥ ، ١٠٦ ، الشرح الكبير : ٢٩٧/٣ وما بعدها .

(٣) القوانين الفقهية : ص ٣٢١ ، رد المختار : ١٠٣/٥ ، الشرح الصغير : ٣٨٨/٣ ، مغني المحتاج : ١٧٠/٢ ، المغني :

تغريير المتعاملين معها ، وعدم إضرارهم بهما ؛ لأنهم لا يعلمون حقيقة أمرهما إلا بقرار الحجر عليهما .

ويترتب على هذا الرأي الراجح لدي لضبطه وعدم إضرار أحد أو تغرييره نفاذ تصرفات السفية والمغفل قبل الحجر القضائي عليهما ، فينفذ مثلاً ما باعه أحدهما قبل حجر القاضي .

المطلب السادس - الحجر على الفاسق :

اتفقت المذاهب الأربعة في الأصح عند الشافعية^(١) : على أنه لا يحجر على الفاسق بسبب الفسق وحده دون تبذير ماله ، فلو فسق السفية مثلاً ولم يبذر : أي مع صلاح تصرفه في ماله بعد بلوغه رشيداً ، لم يحجر عليه ؛ لأن الفاسق أهل للولاية على نفسه وأولاده ، ولأن الحجر شرع لدفع الإسراف والتبذير ، وهو مصلح لماله ، ولأن السلف لم يحجروا على الفسقة .

والفسق الأصلي بأن بلغ فاسقاً ، والطارئ بعد البلوغ : سواء في عدم جواز الحجر على صاحبه .

ملاحظة حول الحجر على الغائب :

قال الحنفية خلافاً لمبدهم في عدم جواز القضاء على الغائب^(٢) : يصح الحجر على الغائب ، لكن لا ينحجر مالم يعلم بالحجر .

(١) الدر المختار : ١٠٢/٥ ، الباب مع الكتاب : ٧٥/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٠ ، الشرح الكبير : ٢٩٢/٣ ،

مغني المحتاج : ١٧٠/٢ ، كشاف القناع : ٤٤٠/٣ .

(٢) الدر المختار ورد المختار : ١٠٦/٥ .

المطلب السابع - الحجر للمصلحة العامة :

صرح الحنفية^(١) بأنه يجوز الحجر للمصلحة العامة ؛ لأنه يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام أو يدفع الضرر الأعلى بالأدنى ، فيحجر (أي يمنع) على الطبيب الجاهل ، والمفتي الماجن ، والمكاري الفيلس . وذلك بأن يسقي المتطبيب الناس دواء مهلكاً ، أو لا يقدر على إزالة ضرر دواء اشتد تأثيره على المرضى .

والمفتي الماجن : بأن يعلم العوام الحيل الباطلة ، كتعليم الارتداد لتبين المرأة من زوجها ، أو لتسقط عنها الزكاة ، ولا يبالي بما يفعل من تحليل الحرام ، وتحريم الحلال ؛ أو أن يفتي عن جهل .

والمكاري الفيلس : وهو الذي يتقبل الكراء ، ويؤجر وسائل النقل من إبل أو سيارات مثلاً ، وليست عنده تلك الوسائل ، كما أنه لا مال له ، ليشتري به الوسائل ، ويعتمد الناس عليه ، ويدفعون الكراء إليه ، ويصرف هو ماأخذه منهم في حاجته ، فإذا جاء موعد النقل ، يختفي عن الأنظار ، فتذهب أموال الناس ، وتتعطل مصالحهم . وبكلمة موجزة : المكاري الفيلس : هو متعهد النقل بدون إمكانات ، فهو محتال نصاب .

فيحجر على هؤلاء وأمثالهم ؛ لأن دفع الضرر العام واجب ، وإن كان فيه إلحاق الضرر الخاص ومصادمة الحريات . والحجر في هذه الحالات عقوبة مناسبة لجرهم ودرء المفسد عن الناس ، لهذا روي عن أبي حنيفة أنه كان لا يجري الحجر إلا على هؤلاء الثلاثة ؛ لأن الطبيب يضر الأبدان ، والمفتي يضر الأديان ، والمكاري يضر الأموال .

(١) تبين الحقائق : ١٩٢/٥ ، الدر المختار : ١٠٢/٥ وما بعدها ، البدائع : ١٦٩/٧ ، الهداية مع تكملة الفتح :

٢١٦/٧ ، الكتاب مع اللباب : ٦٨/٢ .

لكن ليس المراد بالحجر عليهم هو حقيقة الحجر : وهو المنع الشرعي الذي يمنع نفوذ التصرف ؛ لأن المفتي لو أفق بعد الحجر ، وأصاب ، جاز ، وكذا الطبيب لو باع الأدوية ، نفذ بيعه ، فدل على أن المراد هو المنع الحسي أي يمنع هؤلاء الثلاثة عن عملهم حساً ؛ لأن المنع من العمل من باب الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر بسبب أن الطبيب الجاهل يفسد أبدان الناس ، والمفتي الماجن يفسد دين المسلمين ، والمكاري المفلس يفسد أموال الناس ، ويلحق ضرراً بهم .

المطلب الثامن - الحجر على المريض مرض الموت :

مرض الموت : هو الذي يغلب بسببه الموت بحسب رأي الأطباء ، أو يحدث منه الموت ، ولو لم يحصل الموت به غالباً ، أي أن المدار على كثرة الموت من المرض ، ولو لم يكن غالباً^(١) .

وعرفته مجلة الأحكام العدلية (م ١٥٩٥) بأنه المرض الذي يعجز الرجل أو المرأة عن ممارسة أعمالهما 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 . ويقال لصاحبه : المريض ، ويقابله : الصحيح وهو من ليس في حال مرض الموت ، ولو كان مريضاً بمرض آخر . ويعد المرض الذي صح منه المريض كالصحة ، والمقعد والمفلوج والسلول إذا تطاول زمن المرض ولم يقعه في الفراش كالصحيح .

وبناء عليه قال المالكية^(٢) : المريض نوعان : مريض لا يخاف عليه الموت غالباً كالأبرص والمجدوم والأرمد ، وغيرهم ، فلا حجر عليه أصلاً .

ومريض يخاف عليه في العادة كالحُمى القوية والسُّل وذات الجنب وشبهها .

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي : ٢٠٦٢ .

(٢) القوانين الفقهية : ص ٢٢٢ .