

العقد في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلاً عن تفوق التشريع الإسلامي

تأليف

دكتور عباس حسيني محمد

عضو هيئة التدريس بالمعهد العالي للقضاء
بالرياض

الجزء الأول

١ - حقيقة العقد ومشروعيته

٢ - بعض أركان العقد؛
صفة العقد
الموافاة أو الموافقة الفرد



حقوق الطبع محفوظة
الطبعة الأولى
١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م

مقدمة

الحمد لله كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه والصلاة والسلام على سيدنا محمد سيد المرسلين وعلى آله وأصحابه أجمعين .

وبعد فإن العقد يعتبر من أهم الأمور التي يعتمد عليها الناس في دنياهم كلها قديماً وحديثاً ، ولقد فصل الفقهاء العقود تفصيلاً إلا أنهم لم يبحثوا العقد بصفة شاملة لأن الفقه الإسلامي أصيب في القرن الرابع الهجري بدعوى قفل باب الاجتهاد فاتجه كثير من العلماء إلى شرح المتون الفقهية وما ورد عن الأئمة وابتعدوا عن الاجتهاد فكان لهذا المسلك أكبر الأثر في وقف التطور الشكلي للفقه عدة قرون فعرف فقهاء الإسلام القواعد الفقهية وهي حلقة وسيطة بين الأحكام الجزئية والنظريات العامة ولكنهم لم يصلوا إلى مرحلة صياغة النظريات العامة إلا في العصر الحديث وإن كان بعض الفقهاء أمثال شيخ الإسلام ابن تيمية ، بدأوا مرحلة النظريات في القرن الثامن الهجري فكتب ابن تيمية عن العقود بصفة عامة في فتاويه . ولكن هذه كانت مجرد بداية ولذلك ورثنا عن الفقهاء ثروة هائلة جليلة ولكنها تحتاج إلى ترتيب وتنظيم لا أكثر فالفقه الإسلامي سبق جميع الشرائع في الوصول إلى أحكام وأرقى الأحكام التي تنظم حياة الفرد والمجتمع والدولة إلى يوم الدين ، ولكن التطور الشكلي - كما ذكرت - توقف حيناً من الدهر وهذا التطور يتمثل في التنظير والتنظيم الذي ييسر على القاضى وعلى المفتى تطبيق الأحكام على الوقائع المستحدثة في العصر الحالى الذى يمتلئ بالتعقيدات الكثيرة والمشكلات العديدة .

ولقد استخرت الله عز وجل وعزمت على بحث العقد في الفقه

الإسلامى بصفة شاملة ورأيت أنه من المفيد أن أجعل الدراسة مقارنة بالقانون
الوضعى لسببين :

● **السبب الأول :** أن غالبية بلاد الإسلام أصبحت خاضعة للقانون
الوضعى ونبذت - للأسف - الشريعة الإسلامية وقصرتها على ما يسمى
بالأحوال الشخصية بل إن بعض بلدان الإسلام نحت الشريعة الغراء حتى
عن نطاق الأحوال الشخصية وإنه لمن المفيد في نظرى أن نبين للناس جميعاً
أن أحكام الفقه الإسلامى - الذى هو بيان للشريعة الإسلامية - أكمل
وأحكم وأرقى بكثير من بضاعة الآخرين غرباً وشرقاً .

● **السبب الثانى :** سيتضح بإذن الله تعالى - من دراسة القانون الوضعى
دراسة مقارنة أن كثيراً من أحكام الفقه الإسلامى قد استفادت منها الشرائع
اللاتينية وغيرها من الشرائع عن طريق بلاد الأندلس غرباً والدولة العثمانية
شرقاً ودول البحر الأبيض المتوسط الإسلامية جنوباً وهذا فى حد ذاته إظهار
للحق وإعلاء لكلمة الله الشرعية وكلمته سبحانه هى العليا دائماً .

فهذه الدراسة هى دعوة عملية إلى نبذ القوانين الوضعية وإلى العودة
إلى شريعة الله الخالدة وقد أنزل الله تعالى الشريعة الإسلامية صالحة للتطبيق
فى كل مكان وزمان إلى يوم القيامة ومن أجل ذلك جعل الله تعالى شريعته
الخالدة قابلة للتجديد دائماً ، هذا التجديد الذى يتمثل فى أمرين :

● **الأمر الأول :** قابلية الشريعة فى كل عصر لإزالة ما يعلق بها من
أدران بسبب أهواء البشر وأباطيلهم .

● **الأمر الثانى :** القابلية للتعرض لكل المستجدات التى تظهر على مر
العصور إلى يوم الدين وإعطاء الحكم الصحيح لكل ما يستجد من وقائع
أبد الدهر .

هذا وقد أخبرنا الرسول صلى الله عليه وسلم بهذه القابلية للتجديد وبشرنا بحصول التجديد فعلاً كل مائة سنة ، فعن أبي هريرة رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم : « إن الله يبعث لهذه الأمة على رأس كل مائة سنة من يجدد لها دينها »^(١) . فالتجديد لا يقصد منه تغيير الدين لأن التجديد هو إعادة الشيء إلى أصله إذا أصابه القدم فيقال جد الشيء أى صار جديداً وهو نقيض الخلق والخلق : يقال خلق الثوب أى بلى أى أصابه القدم والتمزق^(٢) . فتجديد الدين هو إزالة ما علق به من أدران وشوائب بسبب أهواء الناس وأباطيلهم لكي يعود صافياً كيوم نزل ، ويدخل في التجديد هنا التعرض لكل جديد لبيان حكم الشريعة في هذا الجديد فلا يقصد بالتجديد الوارد بالحديث الجريان وراء كل جديد حتى لو خالف نصوص الكتاب والسنة أو خالف مقاصد الشريعة أو خالف التفسير الصحيح للنصوص فمثل هذه الأمور المرذولة مرفوضة تماماً من الشريعة ولا تدخل بأى حال من الأحوال في مفهوم التجديد الوارد بالحديث آنف الذكر هذا ولقد حبا الله تعالى شريعته الخاتمة بمميزات انفردت بها دون سائر الشرائع حتى تظل صالحة للتطبيق فى كل مكان وزمان وصالحة للتجديد دائماً .

وبيان هذه المميزات هو التحقيق العلمى لحقيقة قابلية الشريعة للتطبيق فى كل العصور إلى يوم الدين ونوجزها فيما يلى :

● أولاً : حفظ وثائق الشريعة إلى الأبد :

لقد حفظ الله تعالى القرآن الكريم والسنة المطهرة حفظاً لم تحظ به الأديان السماوية السابقة لأن تلك الأديان كانت خاصة ومؤقتة وأما الشريعة الإسلامية فهى عامة وسرمدية فكان لا بد من حفظ أصولها وموثيقها قال

(١) رواه أبو داود والحاكم والبيهقى بسند صحيح .

(٢) مختار الصحاح (جد) .

تعالى : ﴿ إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون ﴾ [الحجر : ٩] . وقبض
الله تعالى لأقوال وأفعال سيد الخلق عليه الصلاة والسلام ما لم يحظ به نبي
مرسل ولا ملك ولا عظيم من أعظم عظماء الدنيا من لدن آدم عليه السلام
إلى يومنا هذا وإلى يوم القيامة ؛ فلا يعرف أحد على ظهر الأرض - منذ
وجد الإنسان - جمعت أحاديثه وأفعاله وكل ما يتصل بحياته بطريقة علمية
لا مثيل لها في التاريخ كما حدث بالنسبة إلى سيد المرسلين صلى الله عليه وعليهم
وسلم أجمعين .

فهذا الإمام محمد بن إسماعيل البخاري مكث ست عشرة سنة أخرج
فيها أربعة آلاف حديث غير مكرر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والتزم
ألا يروى حديثاً إلا إذا كان متصل السند بنقل الثقة عن الثقة من أوله إلى
منتهاه واشترط في الراوى والمروى عنه ثبوت اجتماعهما فعلاً ، وهكذا فعل
الإمام مسلم في صحيحه إلا أنه تخفف إلى حد ما فاكتفى في الراوى والمروى
عنه أن يكونا في عصر واحد .

وأنشأ العلماء في القرون الأولى علماء عظيماء يتعلق بجرح وتعديل
الرجال الذين تلقوا الأحاديث ورووها عن الصحابة عليهم رضوان الله ولقد
تنافس العلماء في القرون الهجرية الأولى في جمع الأحاديث الشريفة ووهبوا
حياتهم لهذا الأمر العظيم وهم كثيرون من كبار التابعين وتابعيهم ومن تبعهم
بإحسان أمثال سعيد بن المسيب ومحمد بن سيرين والإمام مالك والإمام
الشافعي والإمام أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه والحاكم وابن
حبان والدارقطني وغيرهم وقد نشأ علم عظيم يسمى علم مصطلح الحديث
والمقتضى هذا العلم أصبح الآن من اليسير معرفة الحديث الصحيح والحسيني
والموقوف والمرسل والضعيف إلخ . ومن هذا يتضح أنه لا يعرف أحد على
ظهر الأرض استقصيت جميع تفاصيل حياته وكل حركاته وسكناته بطريقة
علمية دقيقة كما حصل بالنسبة إلى إنسان واحد هو خاتم النبيين صلى الله عليه

وعليهم وسلم أجمعين وهذا أمر واضح لا يحتاج في إثباته إلى عناء فما على المرتاب إلا أن يعتمد إلى سيرة عظيم من عظماء الدنيا مات منذ أقل من عام مثلاً ويحاول أن يعرف أقواله وأفعاله طوال حياته فسيجد هذا أمراً عسيراً رغم وجود الأجهزة الحديثة التي تسجل الصوت والصورة وهذا الحفظ الرباني لأصول الإسلام أمر خطير لأنه مهما تباعد الزمان ومهما انحرف الناس عن الطريق الصحيح فإن أساس الدين ومواريثه موجودة دائماً وبصفة كاملة وفي استطاعة أي إنسان أن يرجع إليها وفي استطاعة المجددين أن يعتمدوا إلى هذه المواريث الخالدة فيحتجون بها على الناس أجمعين ومن ثم كان التجديد بمعناه الصحيح في الدين ميسراً في كل عصر .

هذا وقد نبه الرسول صلى الله عليه وسلم إلى هذا الأمر الخطير فعن الحارث الأعور قال : مررت في المسجد فإذا الناس يخوضون في الأحاديث فدخلت على علي رضي الله عنه فقلت : يا أمير المؤمنين ألا ترى الناس قد خاضوا في الأحاديث قال : وقد فعلوها قلت : نعم قال : أما إني قد سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « ألا إنها ستكون فتنة » فقلت : ما المخرج منها يا رسول الله قال : « كتاب الله فيه نبأ ما كان قبلكم وخبر ما بعدكم وحكم ما بينكم هو الفصل ليس بالهزل من تركه من جبار قصمه الله ومن ابتغى الهدى في غيره أضله الله وهو حبل الله المتين وهو الذكر الحكيم وهو الصراط المستقيم هو الذي لا تزيغ به الأهواء ولا تلتبس به الألسنة ولا يشبع منه العلماء ولا يخلق على كثرة الرد ولا تنقضي عجائبه هو الذي لم تنته الجن إذ سمعته حتى قالوا إنا سمعنا قرآناً عجيباً يهدي إلى الرشد من قال به صدق ومن عمل به أجر ومن حكم به عدل ومن دعا إليه هدى إلى صراط مستقيم » خذها يا أعور⁽¹⁾ .

(١) الباب الأول من كتاب فضائل القرآن في مسند الدارمي .

(*) قلت: الحديث ضعيف مرفوعاً، لضعف الحارث الأعور . ورجح بعض أهل العلم =

وعن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « تركت فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بهما كتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم »^(١).

وعن أبي رافع عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا ألفين أحدكم متكئاً على أريكته يأتيه الأمر من أمري مما أمرت به أو نهيت عنه فيقول لا ندرى ما وجدنا في كتاب الله اتبعناه »^(٢).

فالسنة هي المبينة والمفسرة للقرآن وكلاهما من عند الله ولكن الحديث اللفظ فيه للرسول ﷺ والمعنى منزل عليه من الله تعالى : قال تعالى : ﴿ واذكرونا ما يتلى في بيوتكن من آيات الله والحكمة ﴾ [الأحزاب : ٣٤] فالحكمة هي السنة المترلة عليه ولذلك جاء في الحديث « ألا إني أوتيت الكتاب ومثله معه ... »^(٣).

ولا ريب أن حفظ القرآن والسنة الصحيحة هو أمر تنفرد به الشريعة الإسلامية دون سائر الشرائع السماوية قاطبة وهذا الحفظ هو الدعامة الأولى لقابلية الشريعة للتطبيق في كل زمان ومكان .

● ثانياً : قيام المثل الأعلى العملي الرائع للكتاب والسنة في عهد النبوة والخلافة الراشدة :

ليس الإسلام مجرد مبادئ رائعة فحسب بل هو تطبيق عملي فذ فقد

= وقفه على علي بن أبي طالب رضي الله عنه . مصححه .

(١) رواه الإمام مالك في الموطأ حديث رقم ٣ من القدر ، والترمذي باب ٣١

من كتاب المناقب ، وأحمد ١/ص ٥١ ، ٥٩ ، ٥٩ .

(٢) رواه أبو داود والترمذي بسند صحيح أنظر : أبو داود باب ٥ من كتاب

السنة ، والترمذي باب ١٥ من كتاب العلم .

(٣) رواه أبو رافع وأخرجه أبو داود والترمذي بسند صحيح : انظر سنن أبي داود

الباب الخامس من كتاب السنة ، ومسنده أحمد الجزء ٤ ص ٤ ، ١٣٦ .

طبق فعلاً على خير منهاج زهاء ثلاثة وخمسين عاماً مدة النبوة والخلافة الراشدة وقامت في هذا العهد أعظم وأرقى دولة عرفتها البشرية وصاغت من القرآن والسنة حياة إسلامية ستظل أبد الدهر النبراس والمثل الأعلى والمنهاج القويم للبشرية .

فالإسلام ليس مجرد نظرية وإنما هو مبادئ عظيمة طيقت كلها فعلاً وحفظ التاريخ لنا هذا التطبيق بل إن آثار هذا التطبيق قد غيرت وجه العالم إلى يومنا هذا لأن الإسلام نزل على حفنة من العرب الأميين الذين لم يكن لهم ذكر بين الأمم حينذاك فنتشروا الإسلام في ممالك عظيمة ما كانت تعرف من قبل لغة العرب فحملت الإسلام وحملت معه لغته إلى يومنا هذا .

● ثالثاً : استمرار تطبيق الشريعة قروناً عديدة :

لقد ظلت الدولة الإسلامية قوية بتطبيقها للكتاب والسنة قروناً عديدة ظهرت في الدولة الأموية والدولة العباسية ودولة الأندلس في الغرب ، ودولة أبطال الإسلام (صلاح الدين الأيوبي وقطرز) في مصر والشام والدولة العثمانية التي حملت لواء الإسلام عدة قرون ودوّخت به أوروبا الظالمة وغرّتها في عقر دارها بعد أن كانت تهدد ديار الإسلام ولكن بالاحظ أن مستوى التطبيق كان أقل مما كان عليه في عهد النبوة والخلاف الراشدة إلا أن التطبيق ظل قروناً عديدة محتفظاً بالكثير من أسس الشريعة وكما ترك الناس أساساً من هذه الأسس التي جاء بها محمد ﷺ كلما ضعف حالهم وسلط الله عليهم العديد من البلايا ولا ريب أن هذا التطبيق للشريعة والذي عاش قروناً عديدة هو أبلغ دليل على أن الإسلام دين ودولة وأنه جاء ليسبغ فضلة على الحياة الإنسانية في الدنيا قبل الآخرة .

● رابعاً : الانسجام والتناسق بين الشريعة الإسلامية والفطرة البشرية :

أنزل الله تعالى الشريعة الخاتمة منسجمة تماماً مع الفطرة التي فطر عليها الناس ، ومن أجل ذلك نجد أن الإسلام له جاذبية طاغية غالبة في نفوس البشر ، ومن أصعب الأمور اقتلاعه من نفس إنسان ، والدليل على هذا ما أصاب المبشرين والشيوعيين من خيبة أمل في القضاء على الإسلام رغم أنهم يتعاملون مع مسلمين متأخرين قد أصابهم الوهن وابتعدوا كثيراً عن أسس الشريعة ، هذا ومظاهر انسجام الإسلام مع الفطرة كثيرة ومتنوعة فمن أهم أسسه رفع الحرج شرعاً وإباحة المحظورات في حالة وجود الضرورات بقدرها ، وجعل الزواج نصف الدين وجعل التعاون بين الناس على البر والخير من أهم أسس الدين الحنيف ورفع عن الناس الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه وحث على مكارم الأخلاق ونهى عن كل ما يضر الإنسان في جسمه وشرفه وجعل الأصل في العادات والمعاملات الإباحة إلا ما حرم بنص وأمر بالنظافة والنظام في كل شيء . وكفل حماية الفرد والأسرة والجماعة من كل ما يهدد أمنها وأشاع الأمن والطمأنينة في نفوس المؤمنين وهذه كلها أمور محبة إلى الناس لأنهم فطروا عليها .

● خامساً : انسجام الشريعة مع أمور الكون الثابتة وأموره المتطورة^(١) :

لما كانت الشريعة الإسلامية هي الشريعة الخالدة التي أنزلها خالق السموات والأرض والعليم بأسرار الكون وسننه التي بشها فيه فقد جاءت الشريعة منسجمة تماماً مع أمور الكون الثابتة وأموره المتطورة ، فأنزل العليم

(١) يراجع في تفصيل هذا كتابنا اتجاهات النهضة والتغيير في العالم الإسلامي ص ٤٠

وما بعدها .

الخير لأمر الكون الثابتة أحكاماً تفصيلية جزئية لأنها تحكم علاقات ثابتة ومثالها تنظيم العلاقة بين الرجل والمرأة والأسرة مثل أحكام الزواج والطلاق والنفقات والحضانة والولاية على النفس وعلى المال ، وكذلك بيان العقوبات الرادعة لطائفة من الجرائم الكبرى التي قدّر الله تعالى أن تشيع بين الناس إلى يوم القيامة .

وأما الأمور المتطورة بطبيعتها فقد أنزل العليم الخير لها قواعد عامة حكيمة رحيمة الجوانب واسعة حتى تتيح الفرصة للعقل المسلم لكي يجتهد في نطاق هذه القواعد الواسعة فتحقق بذلك المرونة اللازمة لمسايرة تطور هذه الأمور على مر العصور دون أن تخرج عن نطاق الشريعة ، لأن الاجتهاد هنا محصور داخل حدود هذه القواعد الواسعة ، والأمثلة على هذه القواعد الواسعة ما أنزله تعالى لتنظيم المعاملات بين الناس فالأصل في هذه المعاملات الإباحة مع تحريم ربا البيوع في أموال معينة وما يقاس عليها بجامع علة الثمنية في الذهب والفضة وعلة الطعم مع الكيل أو الوزن في البر والشعير والتمر والملح ومع تحريم ربا القرض بأنواعه لضرره البالغ على المجتمع وتحريم الغرر في عقود المعاوضات المالية . ونظمت الشريعة أهم العقود المسماة التي تعارف عليها البشر وشرعت للمسلمين أن يشترطوا ما يشاءون من الشروط التي لا تخالف نصاً عاماً أو خاصاً في الكتاب أو السنة . ولم تلتزم الشريعة بقالب ضيق معين للنظام الاقتصادي كما فعلت المذاهب المادية وفشلت فيه .

ومن هذا أيضاً شكل النظام السياسي للدولة الإسلامية فهو من الأمور المتروكة للتطور البشري في حدود المبادئ الواسعة الراقية التي جاءت بها الشريعة مثل مبدأ العدل ومبدأ الشورى ومبدأ البيعة القائمة على اختيار الحاكم الأصلح وفيما عدا ذلك فقد تركت الشريعة للبشر أن يختاروا من أشكال الحكم ما يشاءون بشرط تحكيم كتاب الله وسنة رسوله ﷺ في كل شيء .

وفرض سلطانه على الحاكم والمحكومين جميعاً .

● سادساً : فشل جميع الأنظمة القديمة والحديثة في إسعاد البشرية :

لقد عجزت جميع الأنظمة - قديمها وحديثها - عن إسعاد البشرية ولم تجلب لها إلا التعاسة والشقاء والمعيشة الضنك ، فمهما كثر المال ومهما تقدمت المدنية بعلومها ومكتشفاتها التي يسرت للناس سبل العيش المادى فإنها لم تستطع أن تعطيم الأمن والطمأنينة بل على العكس أمدتهم بالفرع المستمر والقلق الدائم وشاع بين الناس في أوروبا وأمريكا - حيث يتشدقون بالعلم والتقدم - شاع بينهم ما يسمى بالاكثاب النفسى والجنون وكثرة حالات الانتحار الفردى والجماعى .

وهم لا يشكون جوعاً ولا فقراً وإنما يشكون أرواحاً خربة ونفوساً قد طحنتها الحضارة المادية الزائفة فأورثتها المعيشة الضنك أى القلق الرهيب كما أخبر القرآن الكريم ﴿ ومن أعرض عن ذكرى فإن له معيشة ضنكاً ونحشره يوم القيامة أعمى ﴾ [طه : ١٢٤] .

فالحضارة المادية الزائفة مهما اختلفت أنظمتها وأشكالها سواء أكانت شرقية شيوعية أم غربية رأسمالية لم تعط العالم إلا البؤس والشقاء والخوف الداخلى والخارجى والرعب من أسلحة الدمار التى تنفق عليها الأموال الطائلة التى لا تعد ولا تحصى حتى محقت بركة الأرض أو كادت ، وأصبح العالم لا يعيش ثلثه فى جوع فحسب بل هو مهدد بالجوع الشامل لو استمر الحال على ما هو عليه وحق عليه قول الله تبارك وتعالى ﴿ ظهر الفساد فى البر والبحر بما كسبت أيدى الناس ليزيقهم بعض الذى عملوا لعلهم يرجعون ﴾ [الروم : ٤١] .

وأما الأنظمة السماوية السابقة فقد رفضها القوم منذ أمد بعيد لمخالفتها

للفطرة بسبب تحريفها ولم يبق إلا شريعة الإسلام ملجأ للناس وملاذاً إن

أرادوا الخير لأنفسهم .

هذا وسيوضح لنا من خلال هذا البحث المقارن - بإذن الله - كيف أن الشريعة الإسلامية تهيمن على كافة الشرائع القديمة والحديثة بتفوقها وعلوها دائماً لأنها من عند العليم الخبير .

وسيوضح لنا أيضاً كيف أن القوانين الوضعية في أوروبا استفادت كثيراً واستنارت بالشريعة الإسلامية عن طريق بيانها العلمي وهو الفقه الإسلامي .

ولا يحسن أحد أن هذه القوانين - وقد نهلت من الفقه الإسلامي - تصلح أن تكون بديلاً عن هذا الفقه فهذا لا يصح أبداً لأكثر من سبب :
فأولاً : أن تطبيق الشريعة الإسلامية أمر لا ينفصل عن العقيدة الإسلامية فالمسلمون ملزمون بأن يحكموا بما أنزل الله لهم من أحكام بنية الإقرار بالعبودية لله ولذلك يقول تعالى : ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون ﴾ [المائدة : ٤٤] ويقول تعالى : ﴿ إن الذين ارتدوا على أدبارهم من بعد ما تبين لهم الهدى الشيطان سول لهم وأملى لهم * ذلك بأنهم قالوا للذين كرهوا ما نزل الله سنطيعكم في بعض الأمر والله يعلم إسرارهم * فكيف إذا توفتهم الملائكة يضربون وجوههم وأدبارهم * ذلك بأنهم اتبعوا ما أسخط الله وكرهوا رضوانه فأحبط أعمالهم ﴾

[محمد : ٢٥ - ٢٨] .

وقال تعالى : ﴿ أفتؤمنون ببعض الكتاب وتكفرون ببعض فما جزاء من يفعل ذلك منكم إلا خزي في الحياة الدنيا ويوم القيامة يردون إلى أشد العذاب وما الله بغافل عما تعملون ﴾ [البقرة : ٨٥] .

فلا بد إذن من تطبيق أحكام الشريعة عبودية لله رب العالمين .

ثانياً : ليس صحيحاً ما يزعمه بعض المعاصرين من أن الخلاف يسير بين الشريعة الإسلامية وبين القوانين الوضعية فهذا ادعاء يتعارض مع التأصيل العلمي للقوانين بصفة عامة فالشرائع المختلفة لها صياغات مختلفة بعضها عن بعض وكل شريعة لها صياغة خاصة بها فلا يمكن ترقيعها بأجزاء من شرائع أخرى ، والتشريع الإسلامي يتميز بصياغة خاصة تختلف عن صياغة القوانين الوضعية فمثلاً أساس حق الملكية والحقوق بصفة عامة في الإسلام هو توحيد الربوبية قال تعالى : ﴿ آمَنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَأَنْفَقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلَفِينَ فِيهِ ﴾ [الحديد : ٧] فأساس حق الملكية وما يتفرع عنه هو الهبة من الله تعالى فهو استخلف الناس فيما يشاء من حقوق واستأثر لنفسه بما يشاء وقد استأثر لنفسه بسلطة التشريع ووهب علماء الأمة حق الاجتهاد قال تعالى : ﴿ وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَذَاعُوا بِهِ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَ الَّذِينَ يُسْتَبْطُونَهُ مِنْهُمْ وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ لَاتَّبَعْتُمُ الشَّيْطَانَ إِلَّا قَلِيلًا ﴾ [النساء : ٨٣] وقد ترتب على كون حق الملكية من الحقوق الاستخلافية أن الشريعة لم تقف عند حد منع الاعتداء على الحق بل منعت أيضاً التعسف في استعمال الحق وهو ما يعبر عنه بالمضارة أى يستخدم المسلم حقه استخدماً يضر بالآخرين فهذا عند الله يماثل الاعتداء لأن الحق منحة من الله تعالى ، وحينما نزلت الأحكام في عهد النبوة ظن بعض المسلمين أن الحقوق مطلقة فأساءوا استعمالها ومن ذلك على سبيل المثال حق الطلاق فنزل قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلْيُنْفِقْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تَمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لَتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ، وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا وَاذْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يُعْظِمُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴾ [البقرة : ٢٣١] فقد استخدم بعض المسلمين حق الطلاق كوسيلة للإضرار بالمرأة فهو بدلاً من أن يطلقها نهائياً

فإنه يطلقها ثم يراجعها في عدتها وهو لا يريد لها ثم يطلقها ثم يراجعها ثم يطلقها الثالثة حتى يطول عليها مدة العدة فهذه المضارة تعسف في استعمال الحق ، فصياغة التشريع الإسلامي تختلف عن صياغة القانون الوضعي سواء في الأصول أو في الجزئيات ، فمثلاً الفقه الإسلامي يحدد آثار العقد بدقة مفقودة في القوانين الوضعية فيجعل لكل عقد حكماً وحقوقاً تؤكد هذا الحكم وسرى - إن شاء الله تعالى - كيف أن هذه الدقة لها أثرها في كثير من المسائل الجزئية ، والفقه الإسلامي على سبيل المثال يقسم عقود المعاوضات إلى مالية وغير مالية وهذا تقسيم لا يعرفه القانون ، ويرتب الفقه على هذا التقسيم أثراً هاماً وهو أن الغرر والربا يؤثر على عقود المعاوضات المالية فقط ولا يؤثر على المعاوضات غير المالية ويلاحظ هنا أن القرض يعتبر من عقود المعاوضات المالية - على عكس القانون - فالمقترض يأخذ القرض ليرد مثله فهذه معاوضة مالية . يؤثر فيها الغرر والربا . فكل تشريع له صياغة خاصة به ، وصياغة التشريع الإسلامي تتميز بأنها صياغة مباركة لأنها مرتبطة بكتاب الله وسنة رسول الله ﷺ وإلى جانب ذلك فهي صياغة مستقلة بذاتها تتبع من أصولها التشريعية شأنها شأن صياغة أي قانون فهو ينبع من أصوله التشريعية ولا يمكن فصله عنه ، ومن أجل ذلك فإنه إذا أريد تقنين أحكام الفقه الإسلامي - ولا مانع من ذلك في رأبي تفادياً لتضارب الأحكام القضائية - فإنه يتعين أن يخضع هذا التقنين لصياغة الفقه الإسلامي المرتبطة بكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم .

هذا ولما كان موضوع العقد في الفقه الإسلامي واسعاً بطبيعته يحتاج بحته إلى العديد من الكتب فقد قسمت هذا البحث إلى عدة أجزاء وخصصت هذا الجزء الأول لبحث حقيقة العقد ومشروعيته (والمقصود بالمشروعية هنا هو مدى الحرية في إنشاء العقود المستحدثة)^(١) . وبعض

(١) لأن مشروعية العقود التي سماها الشارع ونظمها ليست محل شك .

أركان العقد وقسمته كالآتي :

❖ الباب الأول : حقيقة العقد ومشروعيته .

□ الفصل الأول : حقيقة العقد في الفقه الإسلامي والقانون .

* المبحث الأول : حقيقة العقد في الفقه الإسلامي .

* المبحث الثاني : العقد في الاصطلاح القانوني ومقارنة بينه وبين العقد في الفقه .

□ الفصل الثاني : مدى حرية العاقد في إنشاء العقود في الفقه والقانون .

* المبحث الأول : مدى حرية العاقد في إنشاء العقود في الفقه .

* المبحث الثاني : مدى حرية العاقد في إنشاء العقود في القانون وبيان

الفرق بين القاعدة الإسلامية والقاعدة القانونية .

❖ الباب الثاني : أركان العقد .

□ الفصل الأول : الركن الأول صيغة العقد .

* المبحث الأول : الصيغة في الفقه الإسلامي .

* المبحث الثاني : الركن الأول للعقد في القانون مع بيان مدى تأثير

القانون بالفقه الإسلامي في هذا المجال .

□ الفصل الثاني : الركن الثاني للعقد العاقدان أو العاقد الفرد .

* المبحث الأول : العاقدان أو العاقد الفرد في الفقه الإسلامي .

وقد انتهى هذا الجزء عند نهاية هذا المبحث الذي احتوى على أهلية

العاقدين وعوارضها وعلى الرضا وما يقترن به من عيوب وعلى ولاية العاقدين .

الجديد

وسيبداً الجزء الثاني - إن شاء الله تعالى - بالكلام عن العاقدين في

القانون . ولقد اضطررنا إلى هذه التجزئة لأسباب متعددة ترجع إلى كثرة

المشاغل وضيق الوقت ونفقات إخراج الكتب وطبعها في الوقت الحاضر فهذه كلها أمور ضرورية اقتضت هذه التجزئة في إخراج هذا الكتاب وحتى لا يتأخر ما تم منه فقد رأيت أن أبادر بإصدار ما يتم أولاً بأول هذا وقد رأيت إغفال بعض الأشياء التي لم تعد لها فائدة . لتكريرها في كثير من الكتب وهي الترجمة للأعلام الذين يأتي ذكرهم في البحث فقد لاحظت أن هذه الترجمة لم يعد لها داع لتكريرها في كثير من الكتب ولأن هذا البحث إنما هو للخاصة وليس للعامة وتعريف الخاصة بالفقهاء الذين يعرفونهم جيداً وكتبهم بين أيديهم ليل نهار أمر غير معقول وفيه إضاعة للوقت والجهد وإطالة للبحوث العلمية دون أى داع لذلك . والله تعالى ولى التوفيق .

القاهرة ٢٧ رمضان سنة ١٤١٢ هـ

د / عباس حسنى محمد

١٩٩٢/٣/٣١ م



■ الباب الأول ■

حقيقة العقد ومشروعيته

□ الفصل الأول □

حقيقة العقد في الفقه الإسلامي والقانون

○ المبحث الأول ○

حقيقة العقد في الفقه الإسلامي

١ - العقد لغة :

هو الجمع بين أطراف الشيء وتقويتها ، يقال : عقد طرفي الحبل إذا وصل أحدهما بالآخر بعقدة تمسكها فأحكم وصلها . ويطلق على الضمان والعهد يقال : عاقده على كذا إذا عاهدته عليه . ويطلق على الوجوب يقال : عقد البيع إذا أوجبه ، وجميع هذه المعاني تدور حول معنى الربط والشد^(١) .

وقد اتفق أئمة اللغة على أن إطلاق العقد على الأجسام (أي الإطلاق الحسي) يعد إطلاقاً حقيقياً ، وإطلاقه على المعاني (أي المعنوي) فللعلماء فيه قولان : الأول : أنه إطلاق حقيقي والثاني : أنه إطلاق مجازي^(٢) .

٢ - العقد في الاصطلاح الفقهي :

ذكر أبو بكر الجصاص أن له معنيين : [العقد هو ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو ما يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه فسمى جديد البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقوداً لأن كل واحد من طرفي العقد

(١) لسان العرب - القاموس المحيط - معجم مقاييس اللغة .

(٢) المفردات في غريب القرآن للأصمعي ص ٥١٠ .

ألزم نفسه الوفاء به ، وسمى اليمين على المستقبل عقداً لأن الخالف ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من الفعل أو الترك ، وكذلك العهد والأمانة لأن معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها وكذا كل ما شرط الإنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد وكذلك النذور وما جرى مجرى ذلك^(١) .

ويلاحظ أن كثيراً من الفقهاء عندما يعرفون العقد يقتصرون على المعنى الذي يقترن فيه الإيجاب بالقبول ولا يذكرون العقد بإرادة الموجب وحده ، ولكن يلاحظ أيضاً أن هذه التعريفات جاءت تخص عقوداً بإرادتين كالبيع والإجارة .. إلخ ولذلك فإنهم - في الوقت نفسه - عندما يذكرون التصرفات التي تتم بإرادة منفردة كالطلاق والعتاق واليمين فإنهم لا يترددون في إضافة كلمة عقد إليها مما يؤكد أن الاقتصار على المعنى الأول لا يقصد منه إنكار المعنى الثاني ، والأهم من هذا كله أن المعنى الثاني (العقد بالإرادة المنفردة) ثابت في كتاب الله عز وجل : قال تعالى : ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان ﴾ [المائدة : ٨٩] أي عقد اليمين الملزم .

فالعقد في الفقه الإسلامي - إذن - يشتمل على نوعين :

● أحدهما : عقد بإرادتين على الأقل وهذا مثل عقود البيع والإجارة والشركة وسائر العقود التي يشترط فيها تلاقى الإيجاب بالقبول .

وثانيها : عقد بإرادة واحدة وهو ما يسمى العقد بالإرادة المنفردة - في الاصطلاح الحديث - فهو ينعقد بمجرد الإيجاب من العاقد فيلزم نفسه بالعقد وهذا مثل عقود اليمين والنذر والحوالة ، عند الحنابلة فهي تنعقد بإرادة المحيل

(١) أحكام القرآن للجصاص في تفسير قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا

بالعقود ﴾ [المائدة : ١] ج ٢ ص ٢٩٤ ، ٢٩٥ .

وحده إذا كان المحال عليه مليئاً^(١)، والضمان عند الحنابلة فهو ينعقد بإرادة الضامن وحده^(٢)، والوقف على غير معين (كالمساكين والمساجد) هو من عقود الإرادة المنفردة باتفاق الفقهاء والوقف على معين يعتبر من عقود الإرادة المنفردة عند بعض الفقهاء وهو عقد بإرادتين عند بعضهم الآخر^(٣).
والوصية على غير معين تعتبر من عقود الإرادة المنفردة - كالوقف على غير معين - باتفاق الفقهاء وأما الوصية لمعين فهي تفتقر إلى القبول عند جمهور الفقهاء، وفي قول ضمنى لمالك^(٤) أن الوصية تنعقد بالموت (أي موت الموصى) ويحكم بذلك قبل قبول الموصى له. وتعتبر الهبة من عقود الإرادة المنفردة عند بعض فقهاء الحنفية وهم شيخ الإسلام خواهر زادة والكاساني والبايرتي^(٥) والجمالة هي من عقود الإرادة المنفردة في الحقيقة، وهي تؤول إلى اللزوم عند الحنابلة^(٦) لأنها لا تكون إلا معلقة على شرط وهو قيام المجعول له بالعمل المطلوب، فإذا تحقق هذا الشرط التزم الجاعل بموجب إرادته المنفردة بأداء الجعل للعامل وقد يقال هنا إن الجمالة قد تمت بالقبول الضمنى للعامل بقيامه بالعمل المطلوب^(٧) ولكن يلاحظ على هذا القول أن الشرط اللغوي « أي الذي يأتي على لسان المتعاقد » إنما هو في الحقيقة سبب

(١) المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٤٦٨ ، ٤٧٣ .

(٢) المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٤٨٠ ، ٤٨١ .

(٣) المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٤٩١ وما بعدها .

(٤) منح الجليل على مختصر خليل للشيخ عيش ج ٤ ص ٦٤٨ . ومالك يرى أن القبول

شرط في صحة الوصية ومعنى ذلك أنها تنعقد بإرادة الموصى وحدها ولكن

لا تتم إلا إذا رضى الموصى له منعاً للمنة .

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ج ٦ ص ١١٥ .

(٦) المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٤٨٣ .

(٧) المدخل للفقهاء الإسلامى للدكتور سلام مذكور ص ٥٧٦ .

أي يلزم من وجوده الوجود كما يلزم من عدمه العدم وذلك على عكس الشرط الشرعي فهو لا يلزم من وجوده الوجود ، ولعل القرافي هو أول من تفتن لهذه الحقيقة^(١) وقد مثل القرافي للشرط اللغوي بقول الزوج إن دخلت الدار فأنت طالق فيلزم من دخول الدار الطلاق ويلزم من عدم الدخول عدم الطلاق ، ومنه أيضاً قول السيد لرقيقه إن جاء ابني من السفر فأنت حر فيلزم من مجيء ابني عتق عبده ومن عدم مجيئه عدم عتق عبده . وما دام الشرط اللغوي سبباً في الحقيقة فإن مجرد اشتراط الجاعل - حتى قبل معرفة المجهول له - على نفسه يعتبر سبباً لعقد الجعالة ، ولما كان التعليق صادراً بإرادة الجاعل المنفردة فإن الجعالة تنقذ بإرادته المنفردة ويلزم الجعل بمجرد تحقق الشرط الذي علق عليه الجاعل دفع الجعل لأن الشرط اللغوي سبب كما قدمنا . ويلاحظ أيضاً أنه من الصعب اعتبار العامل قابلاً ضمناً لإيجاب الجاعل لأن الفقهاء^(٢) يشترطون بصفة عامة أن يصدر القبول متصلاً بالإيجاب في مجلس العقد إن كان المتعاقدان حاضرين دون أن يفصل بينهما فاصل وإذا كان أحدهما غائباً فيجب عليه بمجرد وصول الإيجاب إلى علمه أن يظهر رأيه ليتصل قبوله بالإيجاب دون فاصل وذلك على الخلاف المعروف بين الفقهاء بخصوص مجلس العقد^(٣) فإذا علمنا أن العامل - في الجعالة -

(١) الفروق للقرافي ج ١ ص ٦٣ .

(٢) المغني لابن قدامة ج ٣ ص ٥٦٣ وما بعدها - حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٢٧ فتح القدير ج ٥ ص ٧٨ .

(٣) فالشافعية يشترطون اتصال القبول بالإيجاب فور صدوره من غير وجود فاصل

ولو يسيراً ولكنهم في الوقت نفسه أثبتوا للقابل خيار المجلس حتى لا يضار من جديد هذه الفورية (نهاية المحتاج للرمل ج ٣ ص ٨) ولم يأخذ الحنفية بالفورية خلافاً للقياس ومراعاة للعرف والتيسير على الناس في التعامل (حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٢٧ وما بعدها) ويرى الحنابلة عدم الفورية ولكنهم - على عكس الحنفية - للقابل خيار الرجوع مثل الشافعية (المغني لابن قدامة ج ٣ ص ٥٦٣ وما بعدها) =

لا يصدر منه أي قبول وإنما يشرع في العمل وهو قد يشرع فيه سرّاً دون أن يخطر به الجاعل والأصل هنا أنه لا بد من علم الموجب بالقبول في التعاقد بين غائبين لأنه يجب سماع كل من المتعاقدين عبارة الآخر حقيقة أو حكماً^(١) والسماع الحكمي هو الكتاب إلى الغائب أو إعلان الجاعل عن الجعالة فإذا شرع العامل في العمل دون أن يعلم الجاعل بذلك وهو الموجب فإن هذا الشروع لا أثر له - إذا اعتبرناه قبولاً ضمناً - إلا إذا وصل إلى علم الموجب ولذلك فإن الجعالة - في الحقيقة - تنعقد بدون قبول أي هي من عقود الإرادة المنفردة وقد صرح الغزالي من الشافعية بذلك إذ يقول : [ولا يشترط في الجعالة تعيين العامل لمصلحة العقد وكذلك لا يشترط القبول قطعاً^(٢)] .

والواقع أن عدم اشتراط القبول هو النتيجة الحتمية لقول الفقهاء إن الجعالة تجوز لعامل غير معين .

وعقد أمان المسلم للحربي :

ينعقد بالإرادة المنفردة عند الغالبية فقد روي عن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أن : « ذمة المسلمين واحدة يسعى بها

= ولا يأخذ المالكية بالفورية ولا بخيار المجلس وإنما يأخذون بالإيجاب الملزم فلا يملك الموجب الرجوع ما دام انجس قائماً (مواهب الجليل ص ٣٤٠) وسيفصل هذا في حينه إن شاء الله تعالى .

(١) وسيفصل هذا الموضوع في حينه - إن شاء الله تعالى - مع بيان الخلاف الفقهي في هذا الشأن .

(٢) الوجيز في فقه الإمام الشافعي للغزالي ج ١ ص ٢٤٠ فالشافعية يقرون بأن الجعالة تنعقد بإرادة الجاعل المنفردة وهم في هذا يعنون قطعاً حالة علم العامل بالجعل لأنهم أبطلوا الجعالة في حالة عدم علم العامل واعتبروها تبرعاً فيقول الغزالي :

[وإذا رد الأبق ولم يعلم بالجعالة فهو متبرع ولا شيء له] (الوجيز ص ٢٤٠) .

أدناهم ، فمن أخفر مسلماً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل منه **صرفٌ ولا عدلٌ** ^(١) وقد فهم الفقهاء ^(٢) من هذا الحديث الصحيح أن الأمان إذا أعطى من المسلم للحربي حرم قتله والتعرض له وهذا الأمان ملزم لجميع أفراد الأمة وللدولة نفسها (مع مراعاة شروط عدم الافتئات على الإمام) ومن حاول نقض هذا الأمان فهو ملعون بنص الحديث وعقد الأمان يقع بإرادة المسلم المنفردة عند المالكية والحنفية والحنابلة ^(٣) وأما عند الشافعية فلا بد فيه من قبول الحربي فهو ليس من عقود الإرادة المنفردة عندهم فقد صرحوا بأن عقد الأمان كعقد الهبة - عندهم - لا بد فيه من قبول الكافر ^(٤) .

٣ - اصطلاحات أخرى قد تلتبس بالعقد : التصرف - الالتزام والحق - العهد - الوعد :

لعله من المفيد أن نوضح هذه الاصطلاحات التي لها صلة كبيرة بالعقد وقد تلتبس به .

أ - التصرف :

لغة هو التقلب في الأمور والسعي في طلب الكسب ^(٥) وأما في الاصطلاح فإن الفقهاء ^(٦) يطلقون التصرف على كل تعبير عن الإرادة -

(١) رواه البخاري في باب ذمة المسلمين وجوارهم من كتاب الخمس .

(٢) يراجع كتاب السير الكبير لمحمد بن الحسن الشيباني إملاء السرخسي ج ١ ص ٢٥٢ وبهذا قال أكثر أهل العلم (انظر المنتقى للباجي ج ٣ ص ١٧٢ ، نهاية المحتاج للرملي ج ٨ ص ٨٠ ، والمغنى لابن قدامة ج ٩ ص ٢٢٦) .

(٣) المنتقى للباجي ج ٣ ص ١٧٢ ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ١٣٥ ، المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ٢٢٨ .

(٤) يراجع في هذا نهاية المحتاج للرملي ج ٨ ص ٨٠ .

(٥) القاموس المحيط ، واللسان مادة (صرف) .

(٦) لم يعرف الفقهاء التصرف ولكن معناه يفهم من إطلاقهم التصرف على القول =

سواء بالقول أو بالفعل - يرتب الشارع عليه حكماً فالتصرف أعم من العقد (بمعنييه سالفى الذكر) لأن التصرف قد يكون فعلياً كالاستيلاء على بعض الأموال المباحة ، والغصب وقبض الدين ، والرجعة الفعلية بأن يباشر الزوج زوجته - التى طلقها طلقة رجعية - قبل أن تنتهى عدتها دون أن يصدر منه قول يفيد الرجعة . وقد يكون التصرف قولياً ولكن ليس بعقد (بنوعيه) ومن أمثلته الإقرار بالحق والدعوى أمام القضاء .

ب - وأما الالتزام والحق :

فالالتزام لغة معناه الثبوت والوجوب ، والحق فى اللغة له عدة معان ترجع كلها إلى الثبوت والوجوب ومن هذا قوله تعالى : ﴿ لقد حق القول على أكثرهم فهم لا يؤمنون ﴾ [يس : ٧] أى ثبت ووجب عليهم . ومن ذلك أيضاً قوله تعالى ﴿ ليحق الحق ويطل الباطل ﴾ [الأنفال : ٨] أى يثبت الحق ويظهره ومن هذا المعنى أطلقت كلمة الحق على معان كثيرة ترجع كلها إلى الثبوت والوجوب فهى تطلق على الله عز وجل اسماً وصفة وتطلق على اليقين وعلى الصدق وعلى العدل وعلى الإسلام وكل هذه المعانى واردة فى كتاب الله تعالى^(١) . فالالتزام والاستحقاق (لغة) متقابلان بالنسبة إلى

= والفعل جميعاً فمثلاً يقول ابن قدامة: [وكل من صح تصرفه فى شىء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يركل فيه رجلاً أو امرأة ويجوز التوكيل فى تحصيل المباحات كإحياء الموات وإسقاء الماء والاصطياد والاحتشاش ويجوز التوكيل فى إثبات القصاص ...] [المغنى ج ٥ ص ٨٧ ؛ ٨٩] فالتصرف هنا أطلق على ما هو بالفعل وقد أطلقه على ما هو بالبيع والإجارة وغير ذلك من العقود .

(١) فتطلق كلمة الحق باعتبارها اسماً من أسماء الله تعالى أو صفة من صفاته كما فى قوله تعالى : ﴿ ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض ومن فىهن ﴾ [المؤمنون : ٧١] . وقوله تعالى : ﴿ هنالك الولاية لله الحق ﴾ [الكهف : ٤٤] . ثم ردوا الى الله مولاهم الحق ﴾ [الأنعام : ٦٢] . =

بعض معاني الحق أى الحق بمعنى الحظ والنصيب والشىء الواجب للشخص أو عليه فيقال : هذا حق عمرو قبل زيد فهو بعينه التزام زيد قبل عمرو والالتزام فى الاصطلاح قليل الاستعمال فى الفقه الإسلامى فهم يفضلون - كما هو واضح فى كتبهم - استعمال كلمة الحق سواء فى جانب المدين أو جانب الدائن فيقولون : هذا حق له وهذا حق عليه . وقد عرّف بعض الفقهاء الالتزام بأنه إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازماً له أى ما لم يكن واجباً عليه من قبل^(١) وعرّفه بعض علماء الشريعة المعاصرين بأنه إيجاب

وتستعمل الكلمة بمعنى الصدق كما فى قوله تعالى : ﴿ قال فالحق والحق أقول ﴾ [ص : ٨٤] وقوله تعالى : ﴿ أليس هذا بالحق قالوا بلى وربنا ﴾ [الأنعام : ٣٠] . وقوله تعالى : ﴿ له دعوة الحق ﴾ [الرعد : ١٤] . وقوله تعالى : ﴿ ويستنبئونك أحق هو قل إى وربى إنه لحق ﴾ [يونس : ٥٣] وتستعمل بمعنى العدل كما فى قوله تعالى : ﴿ والله يقضى بالحق والذين يدعون من دونه لا يقضون بشىء ﴾ [غافر : ٢٠] . وقوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ﴾ [الأنعام : ١٥١] . وقوله تعالى : ﴿ ويقتلون النبين بغير حق ﴾ [البقرة : ٦١] . وتستعمل بمعنى الحكمة كما فى قوله تعالى : ﴿ خلق السموات والأرض بالحق ﴾ [الأنعام : ٧٣] وتستعمل بمعنى الإسلام كما فى قوله تعالى : ﴿ إنا أرسلناك بالحق بشيراً ونذيراً ﴾ [البقرة : ١١٩] وقوله تعالى : ﴿ قد جاءكم الرسول بالحق من ربكم ﴾ [النساء : ١٧٠] . وقوله تعالى : ﴿ ولا يدينون دين الحق ﴾ [التوبة : ٢٩] . وتستعمل الكلمة فيما هو ضد الباطل كما فى قوله تعالى : ﴿ ولا تلبسوا الحق بالباطل وتكتموا الحق وأنتم تعلمون ﴾ [البقرة : ٤٢] وتستعمل الكلمة بمعنى الحظ والنصيب أو الشىء الواجب للشخص قال تعالى : ﴿ ما لنا فى بناتك من حق ﴾ [هود : ٧٩] وقال تعالى : ﴿ وفى أموالهم حق للسائل والمحروم ... ﴾ [الذاريات : ١٩] وقال تعالى : ﴿ وآتوا حقه يوم حصاده ﴾ [الأنعام : ١٤١] . أى ما وجب فيه من حظ .

(١) تحرير الكلام للحطاب ضمن فتح العلى الملك ٢١٧/١ .

الإنسان أمراً على نفسه إما باختياره وإرادته وإما بإلزام الشارع له^(١). وعرف عالم معاصر آخر الالتزام بأنه التصرف المتضمن لإرادة إنشاء حق من الحقوق أو إنهاء حق أو إسقاطه دون أن يتوقف تمامه على التزام أو تصرف من جانب آخر بمعنى أنه يستوى فيه التصرف الذي ينتج التزاماً من جانب في مقابلة التزام من جانب آخر كالبيع والإجارة أو الذي يكون متوقفاً تماماً على قبول من الطرف الآخر كالوكالة والوصية على معين أو الذي ينتج من جانب واحد دون أن توقف على أي شيء كالطلاق والنذر^(٢) والحق أن الالتزام في الاصطلاح الحديث هو الحق الذي على المدين وهو كما قلنا قليل بل نادر الاستعمال في الفقه، واللفظ الذي يندر استعماله اصطلاحاً يرجع فيه إلى معناه اللغوي لأن ندرة استعماله في الفقه تنفي عنه المعنى الاصطلاحي ولذلك فإن الالتزام في الحقيقة هو أثر من آثار العقد - (الذي يتركز في صيغته) - أو التصرف بصفة عامة كما أن الحق أثر من آثار العقد أو التصرف بصفة عامة، والفقهاء يقولون حكم العقد وحقوقه ويريدون بالحقوق مجموع الالتزامات المترتبة على العقد، ونلاحظ هنا أن الفقهاء يفرقون بين الإلزام والالتزام، فالإلزام هو أن يلزم الشخص غيره والالتزام هو أن يلتزم الشخص بنفسه أي يلزم نفسه كما في العقد ولكن في الاصطلاح الحديث يكفي الالتزام في الحالين^(٣).

ج - العهد :

في اللغة هو الوصية يقال : عهد إليه بعهد إذا أوصاه والعهد هو الأمان

(١) مذكرة مطبوعة في الالتزامات للشيخ أحمد إبراهيم ص ٢١ . مكتبة كلية الحقوق جامعة القاهرة .

(٢) نقلاً عن المدخل للفقه الإسلامي للدكتور محمد سلام مذكور ص ٥٠٧ الطبعة الأولى سنة ١٣٨٠ هـ سنة ١٩٦٠ م .

(٣) ولذلك نجد أن تعريف الشيخ أحمد إبراهيم (من المعاصرين) للالتزام شمل إيجاب =

والموثق والذمة ، والعهد هو كل ما عوهد الله عليه ، وكل ما بين العباد من الموثيق فهو عهد والعهد : الموثق واليمين يحلف بها الرجل والعهد أيضاً : الوفاء وفي التنزيل : ﴿ وما وجدنا لأكثرهم من عهد ﴾ [الأعراف : ١٠٢] أى من وفاء . والعهد والعهدة واحد فيقال : برئت إليك من عهدة هذا العبد أى مما يدركك فيه من عيب كان معهوداً فيه عندي : أى من التزامى بعيب هذا العهد وتطلق العهدة على كتاب الحلف والشراء^(١) .

هذا ويستعمل الفقهاء لفظ العهدة في ضمان الثمن فيقولون : ضمان العهدة أو ضمان الدرك أى إدراك العيب ويقصد به ضمان الثمن عن المشتري إذا لم يكن البائع قد تسلمه بعد من المشتري ثم ظهر في الثمن عيب أو استحق ولم يستطع البائع الحصول على الثمن من المشتري فيرجع على الضامن^(٢) فالعهد - إذن - له عدة معان متقاربة أكثرها يرجع الى العقد بصفة عامة أو إلى الالتزام المتولد عن العقد .

د - وأما الوعد :

فهو إلزام الشخص نفسه حالاً بأمر يفعله في المستقبل وهو في الحقيقة نوع من العقد بالإرادة المنفردة ، والأجل وصف فيه ، ويجب أن يكون الأصل في الوعد الإلزام لأن الله تعالى جعل خلف الوعد شعبة من شعب

= الإنسان أمراً على نفسه إما بإرادته واختياره وإما بإلزام الشارع له .

(١) لسان العرب مادة (عهد) بتصرف قليل .

(٢) ويلاحظ هنا أنه على قول من منع ضمان الأعيان فإن ضمان العهدة يكون قاصراً

على الثمن سواء أكان الضمان عن المشتري أم عن البائع وضمانه عن البائع

للمشتري يكون في حالة ما إذا ضمن الضامن عن البائع الثمن المدفوع إليه من

المشتري متى خرج المبيع مستحقاً أو رد بأرش العيب [يراجع المعنى لابن قدامة

ج ٤ ص ٥٩٦ ، معنى المحتاج للشرييني ج ٢ ص ٢٠٢ ، والوجيز للغزالي ج ١

ص ١٨٤] .

النفاق كما جاء في الحديث الصحيح^(١) ، ولذلك فإن ما ذهب إليه بعض الفقهاء (جمهور الحنفية) من أن الوعد صحيح ديانة ولكنه ليس بلازم قضاء محل نظر ، فالرأى الصحيح هو أن الوعد ملزم قضاء أيضاً لأن تحريم خلف الوعد إنما هو لذات الفعل وليس لشيء خارجي متعلق به . وقد ذهب جمهور الفقهاء^(٢) إلى أنه إذا تعلق النهي بذات الفعل أو لجزئه فإن النهي هنا يفضي إلى الفساد المرادف للبطلان أي لا يعتد بالفعل قضاء لأنه محرّم ديانة ، وتخريجاً على ذلك يتعين القول بأن خلف الوعد باطل قضاء لأنه محرّم ديانة . هذا وقد صرح بعض فقهاء الحنفية بأن الوعد ملزم قضاء أيضاً : جاء في جامع الفصولين ما يأتي : [لو ذكرا البيع بلا شرط ثم ذكرا الشرط على وجه الوعد جاز البيع ولزم الوفاء بالوعد إذ المواعيد قد تكون لازماً فيجعل لازماً لحاجة الناس]^(٣) فالوعد هو عقد بالإرادة المنفردة يتضمن التزاماً إما معلقاً على شرط أو مؤجلاً وأكثره مؤجل والمعلق كأن يقول : إن نجحت في الامتحان أعطيتك جائزة أو إن ولد لي ولد منحتك مبلغاً من المال ، ويلاحظ هنا أن جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة ذهبوا إلى أنه لا يجوز تعليق عقود التملكيات - سواء بعوض كالبيع أو بغير عوض كالهبة - ولكن الأصح هو الجواز وهو رأى ابن تيمية وابن القيم^(٤) ، وسيفصل هذا في موضعه إن شاء الله .

(١) « آية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا ائتمن خان » متفق عليه البخارى فى باب علامة المنافق من كتاب الإيمان ومسلم فى باب بيان خصال المنافق كتاب الإيمان .

(٢) كتاب إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكانى ص ١١١ وما بعدها .

(٣) جامع الفصولين لابن قاض سماوة ج ١ ص ١٧١ ، حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٨٤ .

(٤) إعلام الموقعين لابن القيم ج ٣ ص ٢٨٨ .

شاء الله تعالى .

هذا ويثور بالنسبة إلى الوعد المعلق مسألة تاريخ نشوء العقد الذي ترتب عليه الوعد الملزم ، فالعقد هنا هو الصيغة الصادرة من الواعد والمتضمنة للوعد المعلق أو المؤجل ، وقد ذهب الحنفية ومعهم المالكية إلى أن تعليق العقد على الشرط يترتب عليه عدم وجود العقد إلا بعد تحقق الشرط^(١) ، وذهب الشافعية ومعهم الحنابلة إلى أن العقد موجود قبل تحقق الشرط ولكن آثاره موقوفة على تحقق الشرط ، فالصيغة وهي السبب موجودة فور صدورها قبل تحقق الشرط وأما الحكم وهو أثر العقد فهو متوقف على حصول الشرط ، ويحتج الشافعية على الحنفية - هنا - بأنه إذا صدر عقد معلق ممن هو أهل للتعاقد ، ثم قبل تحقق الشرط المعلق عليه خرج العاقد من أهليته ، وبعد ذلك وجد المعلق عليه فإن الحكم لا محالة ظاهر والعقد يتم ، فإذا قال رجل لامرأته : إن كلمت فلاناً فأنت طالق ثم خرج من أهليته وكلمت هي فلاناً بعد ذلك فالطلاق واقع حتى عند الحنفية والمالكية لأنه وقت إنشاء الصيغة كان أهلاً لإيقاعه ، وهذا يدل - يبين - على أن العقد كان قائماً موجوداً باعتباره سبباً ترتب الشارع الحكم عليه من وقت وجود الصيغة وإلا لما وقع الطلاق بعد أن فقد العاقد أهليته ، وأما حجة الحنفية فهي تقوم على أساس أن العقد المعلق عليه قد يوجد وقد لا يوجد فكيف يقال إن العقد وجد فعلاً وانعقد ثم يقال بعد ذلك إنه لم ينعقد إذا لم يتحقق الشرط ، ولكن هذه الحجة واهية لأن العقد المعلق موجود على خطر الزوال إذا لم يتحقق الشرط ، وحكمه غير موجود إلا بعد تحقق الشرط ، وأنه لمن الواضح أن حجة الشافعية ومن معهم أقوى من حجة الحنفية ومن معهم^(٢) .

الجديد

(١) كشف الأسرار على أصول البزدوى لعبد العزيز البخارى ج ٢ ص ٢٧٢ وما بعدها .

(٢) يراجع في هذا كله فتح القدير ج ٣ ص ٩٩ وما بعدها، حاشية ابن عابدين ج ٣ = NEW

○ المبحث الثاني ○

العقد في الاصطلاح القانوني

ومقارنة بينه وبين العقد في الفقه

٤ - تعريف العقد عند القانونيين^(١) :

هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها . ويميز بعض شراح القانون بين الاتفاق والعقد ، فالاتفاق عندهم هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه ، وأما العقد فهو أخص من الاتفاق عند هؤلاء فهو يقتصر على إنشاء التزام أو نقله فقط . وهذه التفرقة لها جذور تاريخية نقلها القانون المدني الفرنسي عن بعض شراح القانون القدامى^(٢) ونص عليها في المادة ١١٠١ مدني فرنسي ولكن هذا التمييز ليس له أهمية ، ولذلك فإن الأصح أنه لا فرق بينهما^(٣) ، والمهم في العقد أن يكون اتفاقاً على إحداث أثر قانوني أي له قوة الإلزام . والعقد في القانون لا يكون إلا بين شخصين على الأقل فالقوانين لا تعرف العقد بالإرادة المنفردة إلى يومنا هذا ويستوى في هذا الأمر القوانين ذات الأصل

= ص ٧٣٣ وما بعدها - شرح الزرقاني على خليل ج ٨ ص ١٢٥ وما بعدها . شرح المنهاج للجلال المحلي ج ٣ ص ٣٣٥ وما بعدها .

(١) الوسيط للسنهوري ج ١ ص ١٣٧ وما بعدها .

(٢) مثل بوتيه ودوما ويراجع في هذا كله الوسيط للسنهوري ج ١ ص ١٣٧ وما بعدها .

(٣) وبهذا أخذ مشروع القانون المدني المصري في المادة ١٢٢ منه ولكن هذه المادة ألغيت بسبب آخر وهو تجنب الإكثار من التعريفات في القانون .

اللاتينية والقوانين ذات الأصل الأنجلوسكسوني والقوانين ذات الأصل
الجرماني^(١) .

وإنه لمن الواضح أن جميع القوانين الوضعية التي تحكم العالم لا تعرف
العقد إلا على أنه بين شخصين على الأقل وهي متأثرة في هذا بالقانون
الروماني الذي ورثت عنه هذه القاعدة البالية^(٢) .

وبالرجوع إلى كتب القانون الإنجليزي نجد أن الشراح يصرحون بأن
العقد لا يتصور إلا من إرادتين على الأقل [أن الوعد أو العهد يشتمل -
على الأقل - على طرفين أحدهما يُصدِر والآخر يتلقى فيسمى الأول موجباً
والآخر قابلاً]^(٣) . ويقولون أيضاً : [إن الإيجاب الذي لم يصادف قبولاً

(١) القوانين اللاتينية ويأتي على رأسها القانون الفرنسي القديم والجديد نسبياً (سنة
١٨٠٤م) والقانون الإيطالي القديم والجديد والقانون البرتغالي والقانون الهولندي
والقانون التونسي والمراكشي واللبناني والقانون المدني المصري القديم . وأما
القوانين الأنجلوسكسونية فهي القانون الإنجليزي وما يجري في فلكه من بعض
قوانين الكومنولث البريطاني وهو أصلاً قانون غير مكتوب ويعتمد على السوابق
القضائية في القديم ولكن الآن أخذ يدخل في عداد القوانين المكتوبة . والقوانين
الجرمانية وأهمها القانون الألماني والقانون السويسري والقانون النمساوي وإلى
جانب ذلك ظهرت حديثاً قوانين متخيرة تأثرت بكل من المدرستين اللاتينية
والجرمانية وهذا مثل القانون البولوني والقانون البرازيلي والقانون الصيني والقانون
الياباني ويعتبر القانون المدني المصري من هذا النوع وهو تأثر بالفقه الإسلامي
أيضاً [يراجع في هذا مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ١
ص ٢٣ والوسيط للسنهوري ج ١ ص ٥١]

(٢) يراجع في هذا الوسيط للسنهوري ج ١ ص ١٢٨٣ .

(٣) هذه ترجمة بتصرف لما يأتي : [it involves therefore, two parties at least, one making

and the other receiving the promise, whom we call respectively the promisor and promisee-

anson's law of contract by A.G.G uest, M.A.24 Edition P.

ليس له أى أثر قانونى [^(١)] ويلاحظ أننا نرجع إلى كتب القانون الإنجليزى مباشرة لأن شراح القانون العرب لم يتعرضوا - إلا فيما ندر - للقانون الإنجليزى . هذا وقد أخذ بعض شراح القانون فى ألمانيا وفرنسا ^(٢) منذ منتصف القرن الميلادى الماضى ينادون بأهمية الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام وقد بيّن هؤلاء الشراح :

(إن القول بضرورة توافق إرادتين لإنشاء الالتزام يسد الباب دون ضروب من التعامل يجب أن يتسع لها صدر القانون فلا يمكن بغير الإرادة المنفردة أن نفسر كيف يستطيع شخص أن يلزم نفسه بعرض يقدمه للجماهير أى لغير شخص معين (كالجعالة فى الفقه الإسلامى) وقد يكون الدائن غير موجود فى الحال ولكنه سيوجد فى المستقبل أو يكون موجوداً ولكن حال بينه وبين القبول حائل بأن مات قبل صدور القبول منه أو فقد أهليته ففى كل هذه الفروض وهى فروض تقع كثيراً فى العمل لا يمكن القول بوجود الالتزام فى ذمة المدين إذا حتمنا توافق الإرادتين فالقول بجواز إنشاء الإرادة المنفردة للالتزام يرفع هذا الحرج ثم إنه ليس فى المنطق القانونى ما يمنع من أن يلتزم الشخص بإرادته فالإنسان حر فى أن يقيد نفسه فى الدائرة التى يسمح بها القانون بل إن سلطان الإرادة هنا أشد نفاذاً منه فى نظرية توافق الإرادتين ، إذ الإرادة المنفردة تصبح قادرة وحدها على إيجاد الالتزام ، وهذا أقصى ما يصل إليه سلطانها أما القول بوجود توافق الإرادتين فبقية من بقايا الأشكال الغابرة التى كانت تحد من سلطان الإرادة . فقديماً كانت الإرادة

(١) وهذه ترجمة لما يأتى: A promise which has not been accepted is without legal effect

المرجع السابق ص ٢ .

(٢) وأشهرهم من الألمان سيجل ومن الفرنسيين. ورمز فى رسالة الإرادة المنفردة

باريس سنة ١٨٩١ انظر نظرية العقد لعبد الرزاق السنهورى ص ١٨٦ هامش

لا توجد أثراً قانونياً إلا إذا اقترنت بأشكال معقدة، ثم اندثرت هذه الأشكال حتى لم يبق منها اليوم إلا النادر وأصبحت الإرادة هي التي توجد الأثر القانوني الذي تتجه إليه فالواجب أن تصل في هذا التطور إلى غايته المنطقية، وأن نقول بأن للإرادة السلطان حتى لو لم تقترن بها إرادة أخرى. على أننا نتطلب رضا الدائن حتى لا يكسب حقاً بالرغم منه؛ ولكن هذا الرضاء لا يُوجد الالتزام، بل إن الالتزام ينشأ بمجرد صدور إرادة المدين (١).

ويلاحظ هنا أن شراح القانون الذين نادوا مؤخراً بالإرادة المنفردة ما زالوا إلى الآن متأثرين بالقاعدة الرومانية البالية وهي أن (العقد هو بين شخصين على الأقل) ولذلك هم ينادون بالإرادة المنفردة كمصدر ثان للالتزام إلى جانب العقد.

هذا وقد تأثر القانون المدني المصري الحالي (الصادر سنة ١٩٤٨) بنظرية الإرادة المنفردة الجديدة - التي نادى بها بعض شراح القانون الألمان والفرنسيين - فنص في مشروعه التمهيدى على أن المصدر الثانى للالتزام هو الإرادة المنفردة ولكن المشروع النهائى اكتفى بذكر الوعد بجائزة فقط تحت فصل الإرادة المنفردة وألغى النص العام الذى كان مدرجاً فى المشروع التمهيدى وبذلك أصبح الوعد بجائزة التزاماً مصدره نص القانون مباشرة (م ١٦٢ مدني) وليس الإرادة المنفردة، ويلاحظ أن جميع التشريعات الوضعية فى العالم - إلا فيما ندر - لا زالت إلى الآن لا تعرف الإرادة المنفردة كمصدر عام للالتزام وهى من باب أولى لا تعرف بل لا تعترف أبداً بالعقد بالإرادة المنفردة لأن العقد هو توافق إرادتين على الأقل فى جميع تشريعات العالم الوضعية.

(١) نقلاً عن الوسيط للسنهورى ج ١ ص ١٢٨٤ وما بعدها.

٥ - مقارنة بين العقد في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية القديمة والحديثة يظهر منها استقلال الفقه الإسلامي وتفوقه :

إنه لمن الواضح أن الفقه الإسلامي سبق جميع التشريعات القديمة والحديثة في معرفة العقد بالإرادة المنفردة بل إن هذه التشريعات لا تعرف إلى يومنا هذا العقد بالإرادة المنفردة بل إنها لن تعرف هذا في المستقبل لأن النظرية الحديثة للإرادة المنفردة والتي نادى بها بعض شراح القانون مؤخراً قامت على أساس أن العقد هو توافق إرادتين على الأقل وأن الإرادة المنفردة إنما تقوم إلى جانب العقد كمصدر ثانٍ للالتزام . وذلك لأنهم لم يستطيعوا إلى الآن أن يتخلصوا من القاعدة الرومانية آفة الذكر . ولقد وضع هؤلاء الشراح مدى أهمية الإرادة المنفردة لحل كثير من المشكلات القانونية كما سلف البيان^(١) ، وهذه المشكلات كلها محلولة - من قديم - في الفقه الإسلامي بسبب معرفته للعقد بالإرادة المنفردة . وإنه لمن الواضح - في غير تمحل - أن مسألة الإرادة المنفردة تبرز استقلال الفقه الإسلامي عن القوانين القديمة والحديثة ، وتدحض الزعم بأن هذا الفقه قد تأثر بالقانون الروماني ، وكيف يكون ذلك وهذا الفقه يسبق التشريعات الحديثة في كثير من المسائل ومنها هذه المسألة الهامة .

٦ - مقارنة بين تكوين العقد في الفقه وتكوينه في القانون :

العقد يتكون من أركان يقوم بها ، والركن لغة : هو الجانب الأقوى من الشيء الذي يمسكه مثل ركن البناء . وركن العقد اصطلاحاً عند جمهور الفقهاء من غير الحنفية : هو ما لا بد منه لتصور العقد ووجوده سواء أكان جزءاً من ماهية العقد أم ليس كذلك فيكفي أن يكون مختصاً به بحيث لا يتصور العقد بدونه وعلى ذلك فأركان العقد عند جمهور الفقهاء هي :

(١) يراجع ما سبق بالبند ٤ مما نقلناه عن الوسيط للسنهوري .

١ - صيغة العقد التي تنصب على الرضا

٢ - العاقدان

٣ - المعقود عليه أو محل العقد

وأما عند الحنفية فركن العقد هو ما كان جزءاً من ماهية العقد ولا يوجد إلا به فركن العقد عندهم هو صيغة العقد أى الرضا المتمثل في الإيجاب والقبول إذا كان بإرادتين أو الإيجاب فقط إذا كان بإرادة واحدة والخلاف هنا لفظي لأن الأشياء الأخرى عند الجمهور لا بد من وجودها عند الحنفية حتى يتم العقد وإن كانت لا تعتبر من أركانه .

وأركان العقد في القانون لا تختلف في جوهرها عن أركانه في الفقه الإسلامي وإن كان بعض شراح القانون^(١) يذهبون الى أن العقد يتكون من ركنين : التراضي والسبب ، والتراضي عندهم يشتمل على الإيجاب والقبول والعاقدين لأنهما هما اللذين يصدران الإيجاب والقبول ، والسبب في القانون القديم لم يكن له شأن يذكر لأن القانون الروماني كانت تغلب عليه الشكلية الساذجة التي هي أشبه بالطقوس الدينية فما دام الشكل المطلوب قد روعي في إبرام العقد فإنه لا قيمة للبحث عن الباعث على العقد سواء أكان مشروعاً أم غير مشروع .

ولم يبدأ السبب في الظهور إلا بعد تطور طويل - ظهرت في أثنائه الشريعة الإسلامية - فلم يبدأ السبب في الظهور في أوروبا إلا عندما نادى رجال الكنيسة برضائية العقود مقلدين في ذلك الشريعة الإسلامية ، والإرادة حتى تنتج أثرها يجب أن تتجه إلى غرض مشروع لا يتعارض مع النظام العام والآداب وذلك حماية للمجتمع ، ومن جهة أخرى فإن الإرادة اللازمة لإبرام العقد يجب أن تتحرر من الغلط والتدليس والإكراه وذلك حماية للمتعاقد

(١) الوسيط للسنهوري ج ١ ص ١٧٠ .

نفسه من خطئه ونسيانه وما قد يتعرض له من عوامل الإكراه المؤثرة على إرادته فالسبب عند شراح القانون ركن في العقد إلى جانب الإرادة ولكنه ركن متلازم معها لا ينفك أحدهما عن الآخر^(١).

وأما المعقود عليه عند القانونيين فهو المحل ولكنه ليس ركناً في العقد عندهم وإنما هو ركن في الالتزام المتولد عن العقد^(٢)، وهذا التصوير القانوني لا يؤثر في حقيقة المحل وإن كان التصوير الفقهي أدق وهو الصحيح سواء أعتبرنا المعقود عليه ركناً على رأى جمهور الفقهاء أم لم نعتبره ركناً - على رأى الحنفية - ولكن العقد لا يتصور بدونها، وذلك لأننا إذا اعتبرنا المحل ركناً في الالتزام المتولد عن العقد طبقاً لاصطلاح القانونيين فمعنى ذلك أن العقد يمكن أن ينشأ بدون معقود عليه ثم بعد ذلك يتولد عنه هذا المعقود عليه وهذا فرض مستحيل قانوناً وفقهاً. ومن أجل ذلك نرى أن قول القانونيين أن المحل ركن في الالتزام وليس ركناً في العقد غير صحيح ويتناقض مع حقيقة العقد الذى لا يتصور نشوؤه بدون معقود عليه أو محل. فالتراضى ينصب من العاقدين على محل معين ثم هما يلتزمان به طبقاً للقوة الملزمة للعقد، وكذلك في العقد بالإرادة المنفردة في الفقه الإسلامى. هذا ويلاحظ أن الفقه الإسلامى لم يتكلم عن السبب في العقد لأنه مندمج - في هذا الفقه - في كل من التراضى والمعقود عليه فلا بد أن تكون الإرادة صحيحة خالية من نقص الأهلية والغلط والتدليس والإكراه ولا بد من جهة أخرى أن يكون المعقود عليه مشروعاً، فلا حاجة بعد ذلك للكلام عن السبب كركن مستقل. فمضمون السبب معروف عند فقهاء الإسلام قبل أن تعرفه القوانين الوضعية لأن الشريعة الإسلامية سبقت القوانين الوضعية في معرفة رضائية

(١) يراجع الوسيط للسهرى ج ١ ص ٤١٤ وما بعدها.

(٢) الوسيط للسهرى ج ١ ص ١٧٠.

العقود ، ولم تعرف القوانين الوضعية هذه الرضائية إلا بعد ظهور الشريعة الإسلامية بقرون عديدة . ويلاحظ هنا أن القوانين الوضعية تأثرت بالفقه الإسلامي المالكى الذى انتقل إلى أوروبا - مع جيوش المسلمين - عبر بلاد الأندلس ولذلك نجد أن القانون المدنى الفرنسى (قانون نابليون) الصادر فى سنة ١٨٠٤م قد تأثر بالفقه المالكى رغم محاولة واضعيه إخفاء هذه الحقيقة ومن مظاهر هذا التأثير الأخذ برضائية العقود .



□ الفصل الثاني^(١) □

مدى حرية العاقد في إنشاء العقود

في الفقه الإسلامي والقانون

○ المبحث الأول ○

مدى حرية العاقد في إنشاء العقود

في الفقه الإسلامي

٧ - تمهيد :

الرأى الصحيح في الفقه الإسلامي هو أن الأصل في المعاملات من عقود وشروط هو الإباحة والحريه لا الحظر والمنع فهى كالعادات من هذه الناحية ، ونعرض فيما يلي آراء الفقهاء في هذه المسألة بادئين بالذين ذهبوا الى أن الأصل في العقود والشروط هو الحظر وهؤلاء على درجات ، فأشد الناس في هذه المسألة هم أهل الظاهر ويليهم الشافعية ثم يأتي بعد ذلك الحنفية الذين قالوا بقاعدة الحظر ولكنهم تخففوا وفتحوا باباً واسعاً للعقود والشروط عن طريق العرف ، ثم يأتي بعد ذلك الموسعون في العقود والشروط وهم طائفتان المالكية والحنابلة ثم يأتي في النهاية الذين قالوا صراحة بأن الأصل هو الحرية والإباحة وهم شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة والإمام الشاطبي من المالكية .

(١) هذا البحث منقول بتصرف من كتابي الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي

والقانون المقارن من ص ٧٥ إلى ص ١٢٧ طبعة دار عكاظ سنة ١٤٠٤ جدة .

✽ المطلب الأول ✽

مذهب المتشددین فی قاعدة الحظر

وهم طائفتان : أهل الظاهر^(١) والشافعية والأولى أشد من الثانية .

٨ - رأى أهل الظاهر :

من المعروف أن أهل الظاهر يقفون عند ظواهر النصوص والآثار ولا يبحثون في علل الأحكام ويرفضون القياس مهاجمين الآخذين به ، ولهذا لم يكن مستغرباً ألا يعترفوا إلا بالعقود والشروط التي نص عليها الشارع وما عدا ذلك فهي محرمة عندهم . ويرى ابن حزم^(٢) أن كل شرط لم يذكر في العقد حين عقده لا يؤثر على العقد فالعقد صحيح والشرط باطل وأما إذا ذكر الشرط حال العقد فالعقد باطل مفسوخ والشرط باطل مهما كان الشرط إلا سبعة شروط فقط فإنها لازمة والعقد صحيح إن اشترطت فيه لأن هذه الشروط ورد بها النص وهذه الشروط السبعة هي : ..

● أولاً : اشتراط الرهن فيما تباعه المتعاقدان إلى أجل مسمى والدليل

(١) يلاحظ أن مذهب أهل الظاهر يعتبر من المذاهب المنقرضة لعدم وجود أتباع له - إلا فيما ندر - ولقد حاول هذا المذهب تضيق دائرة العقود ، والذي حفظ هذا المذهب من الناحية التاريخية والنظرية هو أبو محمد بن علي بن حزم الأندلسي المتوفى سنة ٤٥٦هـ وقد كتب في علم الأصول (الإحكام في أصول الأحكام) وفي الفقه كتابه المشهور (المحلى) ولولا هذان الكتابان لما عرف إلا القليل من هذا المذهب (انظر المدخل للفقه الإسلامي للدكتور محمد سلام مذكور ص ١٧٣ وما بعدها) .

(٢) المحلى لابن حزم ج ٨ من ص ٤١٢ إلى ص ٤٢٠ .

قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانَ مِقْبُوْضَةٍ ﴾
[البقرة : ٢٨٣]

● ثانياً : اشتراط أداء الثمن الى الميسرة وإن لم يحدد أجلاً والدليل
قوله تعالى : ﴿ وَأَنْ كَانَ ذُو عَسْرَةٍ فَنظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾
[البقرة : ٢٨٠]

● ثالثاً : اشتراط تأخير الثمن الى أجل مسمى إن كان ذهباً أو فضة
والدليل قوله تعالى ﴿ إِذَا تَدَانَيْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾
[البقرة : ٢٨٢]

● رابعاً : اشتراط صفة في المبيع يتراضيان عليها ويتم البيع على أساس
تلك الصفة لقوله تعالى : ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾
[النساء : ٢٩]

وقال : إن التراضي لا يكون إلا على صفات المبيع وصفات الثمن
ضرورة .

● خامساً : اشتراط أن لا خلافة لقوله صلى الله عليه وسلم لحبان بن
منقذ - وكان يغبن في العقود - : « إذا تبايعت فقل لا خلافة ثم إنك بالخيار
ثلاثة أيام »^(١) .

● سادساً : اشتراط المشتري لنفسه ثمر النخل المؤبر وذلك لما رواه
عبد الله ابن عمرو عن أبيه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : « من ابتاع
نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع .. »^(٢) .

(١) روى هذا الحديث مسلم في كتاب البيوع ولفظه : « من بايعت فقل لا
خلافة » .

(٢) رواه مسلم في كتاب البيوع .

● سابعاً : اشتراط المشتري مال العبد المباع ودليله : قوله صلى الله عليه وسلم : « ومن ابتاع عبداً فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع »^(١).

وفيما عدا هذه الشروط السبعة فكل شرط يشترطه العاقدان فهو باطل والعقد باطل أيضاً ما دام قد اقترن به الشرط الباطل .

ولما كان ابن حزم يستبعد جميع الشروط غير المنصوص عليها فهو - من باب أولى - يستبعد كل عقد مستحدث لم يرد به نص من كتاب أو سنة ، وهو ما صرح به فعلاً^(٢) .

٩ - عرض حجج ابن حزم في تدليله على مبدأ الحظر :

● أولاً : الاستدلال بحديث بريرة ، وحديث رد كل عمل مبتدع :

استند ابن حزم الى ما روى من طريق البخارى وغيره عن عائشة رضى الله عنها قالت : دخلت بريرة وهى مكاتبه فقالت : اشترينى وأعتقينى قالت : نعم ، قالت : لا يبيعونى حتى يشترطوا ولائى فقالت عائشة : لا حاجة لى بذلك فسمع النبى صلى الله عليه وسلم أو بلغه فذكر لعائشة ، فذكرت عائشة ما قالت لها فقال : « اشترىها وأعتقها ودعهم يشترطون ما شاءوا » فاشترتها فأعتقتها واشترط أهلها الولاء فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « الولاء لمن أعتق وإن اشترطوا مائة شرط »^(٣) وفى رواية أخرى للبخارى أيضاً : فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « خذوها واشترطن لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق » ففعلت عائشة ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : « ما بال رجال يشترطون

(١) رواه مسلم فى كتاب البيوع تكملة الحديث السابق الخاص بالنخل المؤبر .

(٢) المرجع السابق لابن حزم ج ٨ ص ٤١٢ وما بعدها .

(٣) رواه البخارى فى كتاب العتق .

شروطاً ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق»^(١) وقد فسر ابن حزم هذا الحديث بأن اشتراط البائع الولاء لنفسه كان مباحاً غير منهي عنه لأن النبي صلى الله عليه وسلم ما كان ليقول هذا القول إلا وهذا الشرط مباح لأنه لا يبيح الباطل ولا يفر أحداً ولا يخدعه ويستدل ابن حزم هنا بقول النبي صلى الله عليه وسلم: « ما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل » فيقول: إن هذا يرفع الإشكال كله وإن الشروط كلها باطلة إلا ما كان في كتاب الله أى ورد في القرآن أو في السنة الصحيحة، واستدل ابن حزم أيضاً بما روته عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد »^(٢) فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه إلا ما صح أن يكون عقداً جاء النص بالإلزام به باسمه أو بإباحة التزامه.^(٣)

● ثانياً: رد ابن حزم على من احتج بقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ [المائدة: ١]:

يرى ابن حزم أنه لا يجوز هنا الاحتجاج بهذه الآية الكريمة ولا بقوله تعالى: ﴿وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم﴾ [النحل: ٩١].

وذلك لأنه يرى أن أمر الله تعالى بالوفاء بالعقود ليس على عمومته ولا على ظاهره لأن القرآن أمر باجتنب نواهي الله ومعاصيه فمن عقد على

(١) رواه البخارى في كتاب العتق .

(٢) متفق عليه وفي رواية لمسلم: « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد »

(٣) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ج ٥ ص ٣٢ .

معصية فهو حرام عليه الوفاء بها وما دام هذا لا شك فيه فإن ابن حزم يستخلص من هذه المقدمة أنه لا شك - إذن - أن كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل ، والباطل محرم وكل محرم لا يحل الوفاء به وكذلك قوله تعالى : ﴿ وَأَوْفُوا بعهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ ﴾ فَإِنْ أَحَدًا لَا يَعْلَمُ - على حد قوله - ما هو عهد الله إلا بنص وارد فيه وإن كل عهد نهى الله عنه فليس هو عهد الله بل هو عهد الشيطان فلا يحل الوفاء به ولا يمكن معرفة عهد الله إلا بنص وبالتالي فكل ما لم ينص عليه فهو باطل ولا يحل الوفاء به .

● ثالثاً : رد ابن حزم على من احتج بحديث « المسلمون على شروطهم »^(١) :

يرى ابن حزم أن هذا الحديث من رواية كثير بن عبد الله بن عمرو ابن يزيد وأنه - على زعم ابن حزم - هالك وكذلك أهدر ابن حزم بعد ذلك بقية الطرق التي روى بها الحديث ثم ذكر ابن حزم بعد ذلك أنه لو فرض جدلاً صحة هذا الحديث فهو حجة وليس مخالفاً لرأيه ، لأن شروط المسلمين هي الشروط التي أباحها الله لهم ، لا التي نهاهم عنها ، وأن الرسول صلى الله عليه وسلم نص على أن كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل : فصح - إذن - أن كل شرط ليس في كتاب الله ليس من شروط المسلمين .

● رابعاً :

يحتج ابن حزم - رحمه الله - بحجة غريبة نسوقها بلفظه فهو يقول :
[ولا يخلو كل شرط اشترط في بيع أو غيره من أحد ثلاثة أوجه لا رابع

(١) روى هذا الحديث أبو داود والترمذي والحاكم وقال صاحب التاج الجامع لأحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم : إن هذا الحديث صحيح (التاج جزء ٢

لها إما إباحة مال لم يجب في العقد وإما إيجاب عمل وإما منع من عمل والعمل يكون بالبشرة (أى بالبدن) وبالمال فقط وكل ذلك حرام بالنص قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن دماءكم وأموالكم وأبشاركم عليكم حرام » وأما المنع من العمل فإن الله تعالى يقول : ﴿ لم تحرم ما أحل الله لك ﴾ فصح بطلان كل شرط جملة إلا شرطاً جاء النص من القرآن أو السنة بإباحته [(١)] .

• خامساً : حجة ابن حزم في منع استثناء منفعة في البيع :

تعرض ابن حزم للاستدلال بحديث جابر بن عبد الله فقد روى عامر الشعبي أن جابراً حدث أنه : [كان يسير على جمل له قد أعيا فمر النبي صلى الله عليه وسلم فدعا له فسار يسير ليس يسير مثله ثم قال « بعنيه بأوقية » قلت : لا ثم قال : « بعنيه بأوقية » فبعته فاستنيت حملانه إلى أهلي فلما قدمنا أتيت به بالجمل ونقدني ثمنه ثم انصرفت فأرسل على إثرى قال : « ما كنت لأخذ . جملك فخذ جملك ذلك فهو مالك » [(٢)] ويرى ابن حزم أن ركوب جابر كان تطوعاً وأن هذا قد ورد في رواية وأنه إذا كان هذا شرطاً فإن الحقيقة في نظر ابن حزم أن هذا البيع لم يتم أبداً وإنما الذي يظهر من الخبر أنه عليه السلام قد أخذ الجمل وابتاعه ثم تخير قبل التفرقة واختار تركه فصح إذن أن البيع لم يتم (في نظر ابن حزم) وأن جابراً قد اشترط ركوب جمل نفسه ومن ثم فقد بطل أن يكون هذا الخبر حجة في جواز استثناء منفعة المبيع في نظره (٣) .

(١) المرجع السابق لابن حزم ص ٤١٤ .

(٢) رواه البخارى في كتاب الشروط باب اشترط البائع ظهر الدابة .

(٣) المحلى ج ٨ ص ٤١٥ .

١٠ - مناقشة حجج ابن حزم :

● أولاً : تفنيد الحجة الخاصة بحديث بريرة وحديث رد كل ما

هو محدث :

الواقع أن ابن حزم - رحمه الله - فسر حديث بريرة تفسيراً بعيداً ومناقضاً لنص الحديث نفسه في إحدى روايتي البخاري والتي ذكرها ابن حزم في كلامه إذ جاء في رواية البخاري المذكورة في كتاب الشروط أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « خذنيها واشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق » أي أن هذا الشرط غير معتبر البتة فكيف يتأتى بعد هذا النص الصريح الصحيح القول بأن اشتراط الولاء للبائع كان مباحاً حينما قال الرسول صلى الله عليه وسلم لعائشة : « اشترطي لهم الولاء » ثم نسخ بعد ذلك ، وقد ربط صلى الله عليه وسلم بين صحة اشتراط الولاء لهم وبين كون الولاء لمن أعتق وهذا لا يفهم منه إلا حكماً واحداً يقينياً وهو أن اشتراط الولاء لغير المعتق إنما هو من قبيل الباطل اللغو الذي لا أثر له على الإطلاق . وأما قول ابن حزم أن النبي صلى الله عليه وسلم لا يبيح الباطل ولا يفر أحداً ولا يخدعه فهذا قول صحيح ولا ريب ولكنهم كانوا يعرفون من قبل أن الولاء لا يكون إلا للمعتق فأراد النبي صلى الله عليه وسلم أن يبين لهم حكم الشرط الباطل وأنه من قبيل اللغو فوجوده في العقد كعدمه^(١) ولذلك قام بعد ذلك خطيباً في الناس يعلن عليهم حكم الشروط

(١) ويلاحظ هنا أن هذا المعنى نقله ابن حزم نفسه عن ابن أبي ليلي في قصة

عبد الوارث بن سعيد النووي الذي سأل أبا حنيفة وابن أبي ليلي وابن شبرمة

بمكة فيمن باع بيعاً واشترط فيه شرطاً فقال أبو حنيفة : البيع باطل والشرط

باطل واستند إلى ما حدثه به عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول

الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط ، واستند ابن أبي ليلي إلى حديث

بريرة في أن البيع صحيح والشرط باطل ، وهذا هو الذي يفهم من كلام النبي =

الباطلة ويؤكد هذا المعنى . هذا ويلاحظ أن الإمام الشافعي ومذهبه يعتبر أقرب المذاهب إلى مذهب ابن حزم في هذه المسألة قد رفض دعوى النسخ التي ادعاها ابن حزم وفسر الحديث تفسيراً آخر فقال بأن اشترطى لهم الولاء معناه اشترطى عليهم الولاء أى لعائشة المعتقة وليس للبائعين واستند في هذا إلى قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا ﴾ أى فعلها^(١) . وتفسير الإمام الشافعي بعيد هو الآخر لأنه يتعارض مع واقع الحال وهو أن عائشة اشترطت لهم الولاء وليس عليهم ولكن هذا التفسير ينفي دعوى النسخ التي ادعاها ابن حزم . وأما استناد ابن حزم إلى حديث رد كل ما هو مستحدث فإن عموم هذا الحديث مخصص بالأحكام التي يكون الأصل فيها المنع كما هو ظاهر من النصوص الأخرى فليس المقصود من قوله صلى الله عليه وسلم : « من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد » منع كل جديد ويضاف إلى هذا الحديث قوله صلى الله عليه وسلم : « وإياكم ومحدثات الأمور فإن كل محدثة بدعة وكل بدعة ضلالة » رواه العرباض بن سارية^(٢) فالبدعة التي يقصدها الحديث هي محدثات الأمور أى كل مستحدث لم يرد به نص في دائرة العقيدة والعبادات ، أو كل مستحدث يخالف نصاً عاماً أو خاصاً في دائرة المعاملات والعادات ، والفرق واضح وخطير بين ما لم يرد به نص وبين ما يخالف النص . والسبب في هذه التفرقة يرجع إلى أن الأصل في

= صلى الله عليه وسلم بالنسبة للشروط المخالفة للكتاب والسنة ولكن يبدو أن ابن أبى ليلى فهم من الحديث أن الشرط الزائد على العقد سواء أكان مسكوتاً عنه أم منبياً عنه فهو باطل لأنه لم يستفصل من السائل عن هذه المسألة وأعطى حكماً عاماً بالبطلان لكل شرط . وذهب ابن شبرمة إلى أن البيع صحيح والشرط صحيح استناداً إلى حديث جابر وجمله آنف الذكر (يراجع المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٤١٥) .

(١) نهاية المحتاج للرملي ج ٣ ص ٥٨ وما بعدها .

(٢) أخرجه أبو داود في السنة والترمذي في العلم وإسناده صحيح .

العقيدة والعبادات هو التوقيف والحظر والمنع ، وأما الأصل في العادات والمعاملات فهو الإباحة والحرية والسماح . فما كان أصله الحظر فإن كل جديد فيه مردود على صاحبه لأنه ضلالة ، وما كان أصله الإباحة فإن كل جديد فيه لا يعتبر مردوداً على صاحبه إلا إذا ثبت أنه يخالف نصاً في الكتاب أو السنة الصحيحة .

ومن هنا نستطيع أن نفقه قول عمر رضى الله عنه فيما رواه عنه في الصحيح عبد الرحمن بن عبد القارنى وكان عاملاً لعمر على بيت المال فقال : [خرجت مع عمر بن الخطاب رضى الله عنه ليلة في رمضان الى المسجد فإذا الناس أوزاع (أى جماعات) متفرقون يصلى الرجل لنفسه ويصلى الرجل فيصلى بصلاته الرهط فقال عمر : إني أرى لو جمعت هؤلاء على قارىء واحد لكان أمثل ثم عزم فجمعهم على أبى بن كعب ثم خرجت معه ليلة أخرى والناس يصلون بصلاة قارئهم قال عمر : (نعمة البدعة هذه ..)^(١)

ويلاحظ أن هذا التجديد من عمر يتعلق بعبادة ولكنه لا يتعلق بأصل من أصول العبادات وإنما يتعلق بمجرد تنظيم للعبادة من فقيه مجتهد وهو الخليفة الراشد - فى الوقت نفسه - عمر رضى الله عنه. ويلاحظ هنا أن عمر رضى الله عنه استعمل لفظ البدعة فى موضع مدح وهو يقصد منه هنا الجديد المستحدث فى غير تعارض مع الشريعة على التفصيل السابق بالنسبة للعبادات والعادات والمعاملات ، ولئن كان عمر رضى الله عنه اجتهد وجدد فى مسألة هى على هامش العبادات فإنه يجوز من باب أولى استحداث مستجدات فى نطاق المعاملات والعادات بشرط ألا تتعارض هذه المستجدات مع نص فى الكتاب أو السنة ومن هذا يتضح أن احتجاج ابن حزم بحديث : « من أحدث فى أمرنا هذا ... » آنف الذكر

(١) رواه البخارى فى صلاة التروايح باب فضل من قام رمضان .

إنما هو احتجاج ضعيف للغاية لا يقوى على منع استحداث عقود جديدة لأن الأصل في العقود هو الإباحة كما قدمنا .

● ثانياً : الرد على قول ابن حزم بأن كل شرط ليس في كتاب الله ولا سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو باطل :

فهو يسوّى هنا بين الشروط المنهى عنها صراحة والشروط المسكوت عنها أى التى لم يأت نص باعتبارها ولا بإلغائها وهو يستند فى ذلك إلى حديث بريرة وهذا الاستدلال منه حجة عليه لأن الشرط الذى فى قصة بريرة إنما هو شرط منهى عنه كما صرح بذلك الرسول صلى الله عليه وسلم فى حديث بريرة ولذلك فإنه لا يجوز أن يحمل قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » إلا على الشروط المنهى عنها فقط . وقد رد ابن تيمية^(١) على هذا الاستدلال من ابن حزم بأن المقصود من عبارة الحديث « كل شرط ليس فى كتاب الله » : أى كل شرط مخالف لحكم الله سواء أكان فى القرآن أو فى السنة الصحيحة لأن هذا القول جاء بخصوص شرط مخالف لحكم الله ، وفضلاً عن ذلك فإن عبارة هذا الحديث جاءت عامة تحتل التأويل وبالتالي يجب أن تفسر فى ضوء النصوص الخاصة التى جاءت صريحة فى أحاديث حكمها الصحة مثل : « والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً »^(٢) وقد ذكر ابن تيمية أن هذا الحديث بمعناه روى من طرق متعددة يشد بعضها بعضاً فضلاً عن أن هذا المعنى هو الذى يشهد له الكتاب والسنة^(٣) فليس صحيحاً ما

(١) الفتاوى الكبرى ج ٣ ص ٤٨١ طبعة مصرية بتقديم مفتى الديار الشيخ حسن مخلوف .

(٢) رواه الترمذى وقال حديث حسن صحيح .

(٣) الفتاوى الكبرى ج ٣ ص ٤٨١ وما بعدها .

ذهب إليه ابن حزم من أن هذا الحديث ضعيف^(١) فهو حديث قوى بطرقه المتعددة فهو يقوى على تخصيص عموم حديث بريرة الوارد في الصحيح إذا فهم على المعنى العام الذي زعمه ابن حزم .

● ثالثاً : تنفيذ الحجج الثانية والثالثة والرابعة من حجج ابن حزم آفة الذكر :

لا أحد يخالف ابن حزم في أن الآية التي تأمر بالوفاء بالعقود ليست على عمومها لأن هذه الآية مخصصة بالعقود والشروط التي نهى الله تعالى عنها ولكنها مخصصة بهذا فقط وفيما عدا ذلك فإن العام يبقى على عمومه من وجوب الوفاء بجميع العقود والشروط أيّاً كان نوعها^(٢) ما دام لم يرد نص خاص بشأن عقد من العقود أو شرط من الشروط ، ولقد أورد ابن حزم هنا رأياً بأن عهد الله لا يمكن معرفته إلا بنص والعقد هو من عهد

(١) روى هذا الحديث أبو داود والترمذي والحاكم بسند صحيح [انظر التاج الجامع للأصول الشيخ منصور على ناصف ج ٢ ص ١٨٥ هامش] وقد روى هذا الحديث من عدة طرق مختلفة يشد بعضها بعضاً وأما كثير بن يزيد من رواة الحديث في بعض طرقه والذي قال عنه ابن حزم إنه هالك فقد قال عنه يحيى بن معين في رواية أنه فقيه وضعفه في رواية أخرى . ولكن لم يقل أحد أنه كذاب حتى ينعت ابن حزم بالهالك فالهالك هو المحدث الكذاب وأما الضعيف فليس بهالك ما دام لم يتعمد الكذب ولم يعرف به وقد روى هذا الحديث من طريق عبد الله بن الحسين المصيصي وهو ثقة ويقول الشوكاني في هذا الحديث : [ولا يخفى أن الأحاديث المذكورة والطرق يشهد بعضها لبعض فأقل أحوالها أن يكون المتن الذي اجتمعت عليه حسناً] ، [نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ٣٧٨ المجلد الثالث] .

(٢) ولا يخرج عن هذا العموم العقود الجائزة لأن هذه العقود يجب الوفاء بها أيضاً ما دام لم يستقل أحد الطرفين بفسخها كما أن العقود اللازمة يجب الوفاء بها مادام لم يتفق الطرفان على فسخها .

الله ومن ثم فإن كل ما لم ينص عليه فهو باطل لا يحل الوفاء به لأنه لا يوجد دليل يدل على أنه عهد الله وهذا كله يخصص - في رأيه - عموم الآية الآمرة بالوفاء بالعقود بصفة عامة . وهذا القول من ابن حزم بعيد ويتناقض مع الأمر بالوفاء باليمين بدون تخصيص ما دام اليمين على أمر غير حرام سواء أكان هذا الأمر منصوصاً عليه أم مسكوتاً عنه واليمين عقد من طرف واحد أى بالإرادة المنفردة وكذلك النذر فهو عقد بالإرادة المنفردة ولم يفصل الشارع أنواع النذور التي يمكن أن يلتزم بها المسلم ومع ذلك فإنه أمر بالوفاء بجميع النذور ما دامت على غير حرام ، وكذلك سائر العقود ومن ثم فإن رأى ابن حزم هنا ظاهر الخطأ ، وقد كان من الطبيعي بعد ذلك أن يهاجم ابن حزم الاستدلال بحديث « المسلمون على شروطهم » لأنه يصطدم اصطداماً مباشراً بمذهبه وقد أهدر ابن حزم أحد طرق هذا الحديث بقوله : إن كثير بن زيد هالك ، وإلحق أنه ليس بهالك فيو لم يعرف عنه الكذب وإنما وصف مرة بأنه ضعيف ووصف مرة أخرى بأنه ثقة على السنة . أئمة الحديث كما ذكرنا ، ومن جهة أخرى فإن الحديث ومرادفه : « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً » قد روى من عدة طرق يشد بعضها بعضاً مما يجعله في حكم الصحيح كما صرح بذلك ابن تيمية وغيره وكما ذكرنا من قبل .

وأما قول ابن حزم بأن الحديث على فرض صحته فهو حجة له وليس مخالفاً ، فهذا قول يتعارض مع صيغة الحديث العامة وما استثناه منها فقد استثنى الشارع من الشروط المباحة للمسلمين ما أحل الحرام أو حرم الحلال ، وأما ما سكت عنه الشارع فهو عفو حلال وقد بين الشارع سبحانه في كتابه العزيز أن ما سكت عنه فهو عفو ولذلك نهى الناس عن كثرة السؤال بغير سبب عن المسكوت عنه حتى لا يصدر نهى صريح عنه فيحرم بعد أن كان حلالاً قال تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تسألوا عن أشياء إن تبد

لكم تسؤم وإن تسألوا عنها حين ينزل القرآن تبد لكم عفا الله عنها والله غفورٌ حلِيمٌ ﴿ [المائدة : ١٠١] وروى أبو ثعلبة الخشني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إن الله تعالى فرض فرائض فلا تضيعوها وحد حدوداً فلا تعتدوها وحرم أشياء فلا تنتهكوها وسكت عن أشياء رحمة بكم غير نسيان فلا تسألوا عنها »^(١) وقول ابن حزم إن عهد الله لا يمكن معرفته فهذا خطأ كما بينا آنفاً لأن عهد الله لا يقتصر على العهود التي يأخذها الله تعالى على الناس بالنص وإنما يشمل ما عقده المرء على نفسه بدليل قوله تعالى : ﴿ ولقد كانوا عاهدوا الله من قبل لا يولون الأدبار وكان عهد الله مسئلاً ﴾ [الأحزاب : ١٥] فدخل في هذه الآية في عهد الله ما عقده على أنفسهم من عدم التولى ، ويضاف إلى هذا أن الله تعالى أمر الإنسان بالوفاء بالعهد إذا عاهد قال تعالى : ﴿ ولكن البر من آمن بالله واليوم الآخر ﴾ إلى قوله : ﴿ والموفون بعهدهم إذا عاهدوا ﴾ [البقرة : ١٧٧] ونعى الله تعالى على اليهود عدم وفائهم بعهد أنفسهم ﴿ أو كلما عاهدوا عهداً نبذه فريق منهم بل أكثرهم لا يؤمنون ﴾^(٢) [البقرة : ١٠٠] .

هذا ومن التناقض الواضح هنا أن ابن حزم - رحمه الله - ينادى بتخصيص آية الوفاء بالعقود - في غير محل التخصيص المنصوص عليه - ثم يقول في الوقت نفسه إن إيجاب العمل بالبشرة (أى بالبدن) أو بالمال حرام

(١) رواه الدارقطني في سنته ص ٥٠٢ في الرضاع ويؤكد ما ورد في الصحيح عن سعد بن أبي وقاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إن أعظم المسلمين في المسلمين جرماً من سأل عن شيء لم يحرم على الناس فحرم من أجل مسألته » [رواه البخاري في الاعتصام ١٣ / ٢٢٩ وراه مسلم أيضاً وهذا الحديث قاطع في أن الأشياء التي سكت عنها الله تعالى الأصل فيها الإباحة أو العفو .

(٢) هذا المعنى منقول عن ابن تيمية في الفتاوى الكبرى ج ٣ ص ٤٨١ .

ما لم يرد به نص ويستند في هذا إلى قوله صلى الله عليه وسلم : « إن دماءكم وأموالكم وأبشاركم عليكم حرام » فلماذا لا يخص هذا الحديث بدوره فهو ينادى بعمومه مع أن الله تعالى خصص تحريم هذه الأشياء بتراضى الناس في التجارات قال تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ [النساء : ٢٩] .

وخصص الله تعالى تحريم الدماء بقوله : ﴿ ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ﴾ [الأنعام : ١٥١] وقال تعالى : ﴿ من قتل نفساً بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً ﴾ [المائدة : ٣٢] هذا وخير الأموال في الشريعة هو المال الذي حصل عليه الإنسان من عمله فكيف يكون الاتفاق على إيجاب عمل الأصل فيه التحريم كما يذكر ابن حزم وكيف يستساغ هنا ما يقوله ابن حزم من أن قوله تعالى : ﴿ لم تحرم ما أحل الله لك ﴾ يفيد تحريم الاتفاق في العقد على الامتناع عن عمل معين رغم أن هذا الامتناع قد يكون فيه مصلحة للمتعاقدين معاً ، ولقد جاءت الشريعة مدحضة لهذا الفهم غير الصحيح ، والدليل على هذا أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد أبرم عقوداً التزم فيها بالامتناع عن أعمال معينة ليست فقط مباحة وإنما الأصل فيها أنها واجبة ، ورغم ذلك اتفق على الامتناع عنها في حالات خاصة معينة وبموجب العقد ، ومثال هذا ما حدث في عقد الحديبية فقد التزم صلى الله عليه وسلم بموجب العقد بالامتناع عن قبول أولئك الذين يأتونه مسلمين (من المشركين) في فترة الهدنة فكيف يستساغ بعد ذلك أن يقال : إن الأصل في إيجاب المنع من العمل بموجب العقد إنما هو التحريم ، ويلاحظ أن كلام ابن حزم هو عن المنع من العمل المباح أصلاً ، وأما إذا كان العمل واجباً فإن ابن حزم أشد رفضاً للعقد الذي يوجب المنع منه ، ولكننا رأينا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد فعله ، وهنا فقط يصح أن يقال : إن إيجاب المنع من العمل الواجب إنما الأصل فيه التحريم إلا فيما

ورد فيه نص أو إذا تغلبت عليه مصلحة عامة أو مصلحة خاصة أهم منه وهو ما حصل في عقد الحديبية^(١) . وأما تحريم إيجاب المنع من العمل المباح بموجب العقد تحقيقاً لمصلحة المتعاقدين أو أحدهما فإن هذا أمر غير مقبول كأصل عام في الشريعة على عكس ما يدعى ابن حزم .

وأما قوله تعالى لرسوله : ﴿ لَمْ تَحْرَمْ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ ﴾ فإن هذا سببه أنه قد حلف على تحريم شيء حلال له وبين الله له أنه لم يكن هناك داع لهذا اليمين ولا مصلحة شرعية منه لأحد ، وهذا على عكس اتفاق المتعاقدين في عقد معاوضة على امتناع أحدهما عن عمل معين في فترة محددة تحقيقاً لمصلحة مالية أو غير مالية لأحدهما أو لهما معاً ، فقد يشترك طبيبان في إقامة مستشفى^(٢) ويتفقان على التناوب في الحضور على أنه لا يجوز لأى منهما أن ينام في فترة نوبته في المستشفى فهل يستوى مثل هذا الاتفاق وصدور يمين من شخص بالأنا ينام في ساعات معينة من الليل إرضاء لرغبة طارئة من زوجة أو من أحد أقاربه مثلاً ؟ لقد شرع الله تعالى للحالف أن يرجع عن يمينه ويكفر عنها إذا كانت اليمين قد انعقدت صحيحة ويلاحظ أن هذه اليمين بالامتناع تنعقد صحيحة - ما دامت على غير معصية - وهي بالتالي ملزمة لمن عقدها حتى يكفر عنها . ومن هذا يتضح أن الحجج (الثانية والثالثة والرابعة) التي أوردها ابن حزم هنا ضعيفة لا تقوى على تعضيد رأيه .

● رابعاً : تنفيذ الحجة الخامسة :

وهي قول ابن حزم إن بيع جابر جملة للرسول صلى الله عليه وسلم لم يتم أبداً ، وأنه صلى الله عليه وسلم تخير قبل التفرقة عدم إمضاء البيع ،

(١) أى المنع من حماية من يأتي مسلماً من المشركين طبقاً لنصوص عقد الحديبية مع أن الأصل هو وجوب حماية المسلمين .

(٢) جاء في المدونة الكبرى لسحنون أنه يجوز الشركة بين الأطباء ج ١٢ ص ٤٨ .

فهذا زعم لم يقيم عليه دليل ، لأن مجلس العقد كان قد انفض أثناء السفر وقبل الوصول إلى المدينة^(١) . وقد اتفق النبي صلى الله عليه وسلم مع جابر على أخذ الجمل بأوقية قائلاً له : « وقد أخذته بأوقية أركبه فإذا قدمت المدينة فأتنا به » تحقيقاً لاشتراط جابر ظهره إلى المدينة فلما أتاه أخذ منه الجمل ونقده الثمن وانصرف جابر بحيث لا يستطيع النبي صلى الله عليه وسلم أن ينادى عليه فيسمعه بدليل ما جاء في رواية البخاري آفة الذكر « ثم انصرفت فأرسل على أثرى^(٢) أي أنه حتى لو سلمنا جدلاً بأن مجلس العقد امتد إلى المدينة - وهذا غير صحيح - فإن المجلس قد انفض بانصراف جابر إلى حيث لا يسمع صوت النبي صلى الله عليه وسلم ، فالبيع إذن قد تم فعلاً ثم بعد ذلك وهب النبي صلى الله عليه وسلم الجمل لجابر ومما يؤكد هذا أنه صلى الله عليه وسلم نقد جابراً الثمن المتفق عليه ، فكيف يستساغ بعد هذا أن يقال إن البيع لم يتم كما أنه صلى الله عليه وسلم لم يسترجع الثمن من جابر وإنما وهبه الجمل بعد أن تم البيع ، وأما ما ذكره ابن حزم أن ركوب جابر الجمل بعد البيع كان تطوعاً من النبي صلى الله عليه وسلم فيبطله نص الحديث الذي رواه البخاري إذ جاء به « فبعته بأوقية واستثنت حملانه إلى المدينة^(٣) واستثناء الحملان من البيع لا يكون أبداً تطوعاً وإنما هو شرط يتضمن استثناء منفعة المبيع فترة معينة من الزمن . وفي رأيي أن الأخذ بمذهب أهل الظاهر يؤدي إلى نتيجة لا تتفق ويسر الشريعة الإسلامية وقابليتها للتطبيق في كل مكان وزمان ، إذ أن الأخذ

(١) لأنه من غير المعقول أن يكون جابراً قد ظل ملازماً للنبي صلى الله عليه وسلم لم يتركه لحظة واحدة بالليل أو النهار طوال مدة السفر إلى المدينة وقد كان عبد الله بن عمر إذا أبرم عقد بيع مشى هنيئاً حتى ينفذ المجلس ويلزم العقد .

(٢) يراجع بند ١٠ خامساً .

(٣) انظر بند ١٠ خامساً .

بمذهب ابن حزم يؤدي إلى إبطال كثير من العقود التي يحتاج إليها الناس ،
ومن الممكن طبقاً للقواعد العامة للشريعة تصحيح هذه العقود ما دامت لا
تخالف نصاً في الشريعة ، وهذا المسلك للفقهاء الظاهري يؤدي بدوره إلى لجوء
أهل الأزمنة الحديثة إلى غير الشريعة زاعمين كذباً أن الشريعة لا تفي بحاجات
الناس ، والحق أن الشريعة تكفي الناس وزيادة إلى يوم الدين وقد نصبت
أحكاماً عامة يهتدى بها ، ووضعت في الوقت نفسه سياجاً منيعاً منعت به
الناس من الزلل فلا هي ضيقت على الناس ولا هي تركت الأمر فوضى .

١١ - رأى الشافعية :

الأصل عندهم هو الحظر في العقود والشروط فهم قرييون - إلى حد
ما - من أهل الظاهر في هذه المسألة ولكنهم يتوسعون عن الظاهرية لأنهم
يعللون الأحكام ويأخذون بالقياس على عكس أهل الظاهر . ولقد أخذ
الشافعية بحديث النهي عن بيع وشرط وقالوا : إن الحديث الناهي عن بيع
وشرطين يتضمن النهي عن بيع وشرط^(١) وقد تكلم الإمام الشافعي عن
المقصود بالشروط التي ليست في كتاب الله في حديث بريرة وذلك في معرض
حديثه عن الشروط في النكاح وأبطل الشافعي ما تشترطه المرأة على الرجل
في عقد الزواج كأن لا يخرج بها من بلدها أو لا يتزوج عليها وكذلك ما
يشترطه الرجل على المرأة كأن لا ينفق عليها مثلاً . فالعقد عنده صحيح
والشرط باطل ويستدل الشافعي بحديث بريرة على أن رسول الله صلى الله

(١) جاء في التلخيص الحبير : [روى أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع
وشرط ورويناه في الجزء الثالث من مشيخة بغداد للدمياطي ونقل فيه عن
ابن أبي الفوارس أنه قال : غريب ورواه أصحاب السنن إلا ابن ماجه وابن حبان
والحاكم من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص بلفظ : « لا يحل بيع وسلف
ولا شرطان في بيع » [انظر التلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير للحافظ
ابن حجر العسقلاني مطبوع مع كتاب المجموع للنووي ج ٨ ص ١٩٥ ، ١٩٦ .

عليه وسلم قد أبطل كل شرط ليس في كتاب الله إذا كان في كتاب الله خلافة ، ويبيّن الشافعي أن اشتراط المرأة على الرجل واشتراطه عليها في عقد الزواج فيه مخالفة للشروط الواردة بالقرآن والسنة لأن الله عز وجل أحل للرجل أن ينكح أربعاً وما ملكت يمينه فإذا اشترطت عليه أن لا ينكح غيرها أو لا يتسرى عليها فقد حظرت عليه ما وسّع الله تعالى عليه ، كما أن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى المرأة عن صيام يوم التطوع وزوجها شاهد إلا بإذنه فجعل للزوج منعها مما يقربها إلى الله تعالى إذا لم يكن فرضاً عليها لعظيم حقه عليها ، فإذا اشترطت عليه أن لا يخرجها من بلدها فقد شرطت عليه إبطال ما له عليها . ورد الشافعي على ما قد يحتج به عليه من أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إن أحق ما وفيتم به من الشروط ما استحلتتم به الفروج » ، فرد الشافعي على ذلك بأنه اتباعاً للسنة إنما يوفى من الشروط ما يبين أنه جائز ، ولم تدل السنة على أنه غير جائز ، وأن حديث « المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » يخص بطبيعة الحال الحديث السابق فلا يصح إلا الشروط التي لا تحل حراماً ولا تحرم حلالاً ويفهم من كلام الشافعي أن الشروط الزائدة في عقد الزواج إما تحل حراماً أو تحرم حلالاً ولذلك^(١) فهي كلها تعتبر باطلة وقد بين ذلك بالنسبة إلى الشرط الخاص بعدم خروج المرأة من بلدها وهذا الحكم ينسحب عند الشافعي على سائر العقود فهي تبطل بالشروط الزائدة إذا وقع الشرط في صلب العقد أو بعده وقبل لزومه بخلاف ما لو تقدم عليه فإنه لا يؤثر في العقد^(٢) ، ورفض الشافعية الأخذ بظاهر حديث جابر الثابت بالصحيح

(١) يراجع الأم للشافعي ج ٥ ص ٦٥ ، ٦٦ .

(٢) مختصر المزني ج ٢ ص ٢٠٣ هامش الأم للشافعي . ويلاحظ هنا أن توسع الشافعية

في تحريم الشروط الزائدة يجعلهم بالضرورة يمنعون العقود التي سكت عنها

الشرع . والتي قد يستخدمها المسلمون على مر العصور . وأما قول الإمام =

وهو الخاص باستثناء منفعة المبيع مدة معينة ، فذكروا أنها قضية تنطرق إليها الاحتمالات وذكروا أن النبي صلى الله عليه وسلم أراد أن يعطي جابراً الثمن ولم يرد حقيقة البيع وقالوا أيضاً إنه من المحتمل أن الشرط لم يكن في العقد نفسه فلا يضر ولا يؤثر واحتجوا هنا بحديث النهى عن بيع وشرط وحديث النهى عن الثنيا^(١).

هذا وقد فسر الشافعي حديث بريرة تفسيراً مختلفاً عن تفسير ابن حزم ولكن يؤدي إلى إبطال الشرط والعقد معاً ، فقد ذكر الإمام الشافعي - رحمه الله - أنه إذا شرط البائع العتق مع الولاء له لم يصح العقد في الرأي الراجح لمخالفة ما استقر عليه الشرع من أن الولاء لمن أعتق وأجاب الإمام الشافعي عن خبر بريرة « واشترطى لهم الولاء » بأن لهم بمعنى عليهم كما في قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا ﴾ أي أن الرسول صلى الله عليه وسلم إنما قصد بهذه العبارة أن تشرط عائشة عليهم الولاء لنفسها .

وقد أجاز الشافعية اشتراط صفة مقصودة تتعلق بمصلحة العقد ولا تتوقف على أمر مستقبل فإذا اشترط المشتري كون العبد كاتباً أو الدابة أو الأمة حاملاً أو لبوناً (ذات لبن) صح العقد مع الشرط لأن الشرط يتعلق بمصلحة العقد وهو العلم بصفات المبيع التي تختلف بها الأغراض ولأنه التزم موجوداً عند العقد ولا يتوقف التزامه على إنشاء أمر مستقبل فلا يدخل عندهم في النهى عن بيع وشرط وإن سُمى شرطاً تجوزاً فإن الشرط المؤثر عندهم لا يكون إلا مستقبلاً^(٢) ، وهذا استثناء من قاعدة الحظر في الشروط

= الشافعي إن الشروط الزائدة في عقد الزواج هي مما حرمه الله . فإن هذا غير صحيح لأن الله تعالى لم يحرم على الرجل أن يسافر ويترك زوجته في بلدها مثلاً جديداً فهذا توسع يجعل الشافعية يقتربون كثيراً من الظاهرية .

(١) يراجع في هذا كله شرح مسلم للنووي ج ١١ ص ٣٠ .

(٢) يراجع في هذا نهاية المحتاج للرملي ج ٣ من ص ٦٠ إلى ص ٦٥ .

فالشروط التي تختص بالتزام صفة موجودة فعلاً وقت العقد لا تعتبر من الشروط المنهى عنها في حديث النهى عن بيع وشرط ، فالشرط المقارن للعقد المتعلق بأمر يطلب التعاقد وجوده عند العقد مباح عندهم ومثل هذا الشرط المقارن الصحيح عندهم يتعلق بالاستقراء بصفات المبيع أو الثمن كما ذكرنا .
ويكفي عندهم أن يوجد من الوصف ما ينطبق عليه الاسم ويُرجع إلى العرف في تحديد الوصف وإذا تخلف الشرط فالمشترط بالخيار إن شاء فسخ العقد لأن الشرط صحيح وإن شاء أبقى فإذا أخلف إلى ما هو أعلى فلا خيار كأن شرط ثبوتية الجارية فخرجت بكرةً فلا خيار وقالوا هنا إنه لا أثر لفوات غرضه لضعف آله مثلاً إذ العبرة عندهم بالأعلى دائماً^(١) .

ومن الغريب أنهم أجازوا في بعض الأحيان^(٢) شروطاً حرّمها الشرع وهذا يتعلق باشتراط كون العبد مسموحاً (أى مقطوع الثلاثة) فيظهر سليماً فذكروا أن المشتري له خيار الفسخ بحجة أن المسموح مراد لأنه يدخل على النساء ومباح النظر إليهن . وفي رأبي أن هذا سهو من الشافعية وغيرهم بسبب ذبوع هذا الأمر في عصرهم ، والحق أن شرط الخصاص أو المسح يجب اعتباره باطلاً^(٣) لأن هذا محرّم بالنص الشرعي فهو ظلم وفساد كبير وتغيير لخلق الله وهو مما يأمر به الشيطان قال تعالى : حاكياً عن الشيطان :
﴿ ولأضلنهم ولأمنينهم ولأمرنهم فليبتكن آذان الأنعام ولأمرنهم فليغيرن خلق الله ومن يتخذ الشيطان ولياً من دون الله فقد خسر خسراناً مبيناً ﴾
[النساء : ١١٩] ولقد بين القرآن الكريم أن تغيير خلق الله من الجرائم التي

(١) نهاية المحتاج للرملي ج ٣ ص ٦٠ وما بعدها .

(٢) نهاية المحتاج للرملي ج ٣ ص ٦٠ .

(٣) والشرط باطل هنا حتى ولو كان العبد المخصى موجوداً فعلاً عند بائع الرقيق

لأن اشتراط مثل هذا الشرط يؤدي إلى انتشار الخصاص فيجب إبطاله شرعاً في

جميع الحالات سداً لذريعة الفساد .

يستحق فاعلها العذاب الشديد في الدنيا والآخرة والدليل على هذا ما فعله تعالى بقوم لوط الذين قرنوا الفاحشة بتغيير خلق الله . هذا ومن مظاهر تخفيفهم من قاعدة الحظر أنهم يفرقون بين صيغة الأمر وصيغة الشرط في الحكم فإذا جاء الإلزام بالشرط بصيغة الأمر فالعقد صحيح ولا إلزام على الطرف الآخر كأن يقول المشتري لبائع الثوب : خطه لي ، بصيغة الأمر فالعقد صحيح والشرط باطل وهذا بعكس ما لو قال له : اشترت منك الثوب بشرط ، أو على أن تخطه لي ، فالشرط باطل ويبطل به العقد لاشتتاله على شرط عمل فيما لم يملكه المشتري وقت الانعقاد ، ولأنه جاء بصيغة الشرط ولم يأت بصيغة الأمر لأن الأمر بشيء مبتدأ غير مقيد لما قبله بخلاف الشرط فهو مقيد لما قبله ، وقالوا أيضاً إنه إذا تضمن الشرط (حتى ولو جاء بصيغة الشرط) إلزام المتعاقد بعمل فيما يملكه كأن اشترى ثوباً بشرط أن يبنى أحدهما خائطه فإن العقد يصح عندهم ويبطل الشرط^(١) .

١٢ - نقد المذهب الشافعي :

يعتبر المذهب الشافعي أضيق المذاهب بعد الظاهرية في مسألة الأصل في العقود ، ولكن الشافعية توسعوا عن الظاهرية واستثنوا من قاعدة الحظر في العقود والشروط أموراً رفضها الظاهرية مثل اشتراط صفة مقصودة في العقد ويلاحظ أن الإمام الشافعي قد فسر تفسيراً صحيحاً قوله صلى الله عليه وسلم « ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » فذكر أن كل شرط ليس في كتاب الله باطل إذا كان في كتاب الله أو سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلافه ، وهذا فرق هام بين الشافعي وابن حزم الذي انتهى إلى أن كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل سواء نص على خلافه أم لم ينص ولكن يجب أن يلاحظ هنا أن الشافعي قد اقترب من ابن حزم

(١) يراجع في هذا كله نهاية المحتاج للرملي ج ٣ ص ٦٠-٦٥ .

في النتيجة لأنه توسع في الشروط المنصوص عليها بالنسبة إلى الشروط المسكوت عنها كما فعل بالنسبة إلى اشتراط المرأة على زوجها ألا يخرجها من بلدها فإن هذا الشرط يعتبره ابن حزم باطلاً لأنه لم ينص عليه وأما الشافعي فقد اعتبره باطلاً لأنه مخالف لما نص عليه ذاكراً أن ما جاءت به الشريعة من النص على حق الرجل على زوجته يعتبر مخالفاً لهذا الشرط الذي اشترطته المرأة على زوجها . وهذا الرأي غير صحيح لأنه إذا كانت الشريعة قد حولت الرجل حقوقاً على زوجته فما الذي يمنع من تنازل الرجل عن بعض هذه الحقوق الخاصة به والتي لا تتعلق بحق الله تعالى؟ فالحق أنه لا تعارض بين تحويل الرجل حقوقاً عظيمة على المرأة وبين تنازله مختاراً عن بعض هذه الحقوق طالما أن الحق المتنازل عنه إنما هو من الحقوق الخالصة له وليس من حقوق الله الخالصة أو الحقوق التي فيها حق الله إلى جانب حق الزوج .

ومن هنا يتضح لنا أن المذهب الشافعي وإن كان قد توسع إلى حد ما عن أهل الظاهر إلا أنه قد جاء ضيقاً في هذه المسألة ومخالفاً للنصوص العامة المتعددة التي تقر قاعدة حرية العقود والشروط^(١) .



(١) والتي سنذكرها عند الكلام عن رأي ابن تيمية في هذه المسألة إن شاء الله تعالى .

* المطلب الثاني *

مذهب المتخفين في قاعدة الحظر

١٣ - رأى الحنفية في العقود والشروط :

اتجه الحنفية إلى قاعدة أن الأصل في العقود والشروط هو الحظر وقد روى الإمام أبو حنيفة حديث النهي عن بيع وشروط^(١) وقد صح هذا الحديث عند أبي حنيفة فهو أساس قاعدة الحظر عند الحنفية ، وقد رفض الحنفية الأخذ بظاهر حديث جابر الخاض باستثناء منفعة المبيع وتأولوه بما تأوله الشافعية^(٢) .

ولكن الحنفية - مع ذلك - توسعوا كثيراً عن الشافعية عن طريق الأخذ بالعرف ففتحوا باباً واسعاً للعقود والشروط المستحدثة عن طريق العرف ويستند الحنفية في هذا إلى الحديث الذي رواه ابن مسعود قال : « إن الله نظر في قلوب العباد فاختر محمداً صلى الله عليه وسلم فبعثه الله برسالته ثم نظر في قلوب العباد فاختر له أصحاباً فجعلهم أنصار دينه ووزراء نبيه فما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح »^(٣) وجاء في المبسوط : [تعامل الناس من غير نكير أصل

(١) رواه الحاكم في مستدركه في علوم الحديث عن طريق محمد بن سليمان الذهلي

عن عبد الوارث بن سعيد عن أبي حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وقال ابن قدامة : [حديث النهي عن بيع وشروط ليس له أصل وقد أنكره أحمد ولا نعرفه مروياً في مسند فلا يعول عليه] المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٨٦ .

(٢) راجع بند ١٢ من هذا البحث .

(٣) روى هذا الحديث الإمام أحمد في مسنده في كتاب السنة من حديث أبي وائل =

من الأصول كبير لقوله عليه الصلاة والسلام : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » ، وقال عليه الصلاة والسلام : « لا تجتمع أمتي على ضلالة » وهو (أى عقد الاستصناع) نظير دخول الحمام فانه جائز لتعامل الناس وإن كان مقدار المكث فيه وما يصيب من الماء مجهولاً^(١) . وجاء في حاشية ابن عابدين : [وجاز إجارة الحمام لأنه عليه الصلاة والسلام دخل حمام الجحفة وللعرف وقال عليه الصلاة والسلام : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن »^(٢) . وعلى هذا فإن العرف عند الحنفية طبقاً للدليل الذى استندوا إليه - هو ما اعتاده الناس وألفوه فعلاً كان أو قولاً^(٣) دون معارضة لنص ومن أجل ذلك فإن الحنفية يصححون بالعرف عقوداً مسكوتاً عنها كعقدى الاستصناع والحمام .

١٤ - مدى أثر العرف على القياس والنصوص عند الحنفية وأثر ذلك على مسألة العقد :

لما كان الحنفية يأخذون بالقياس ويعلمون الأحكام الوارد بها النص الشرعى فإن ذلك فتح لهم باباً واسعاً فى تطبيق العرف مع وجود النص الناهى الذى قد يبدو لأول وهلة أنه مخالف للعرف ، ولكن يتضح بعد التحليل

= عن ابن مسعود وهو موقوف حسن وقد أخرجه البزار والطيالسى والطبرانى فى ترجمة ابن مسعود من الحلية .

(١) المبسوط للسرخسى ج ١٢ ص ١٣٨ .

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٦ ص ٥٢ وانظر بدائع الصنائع ج ٥ ص ٣٠٢ .

(٣) يقول ابن عابدين فى رسالة نشر العرف : [إن العادة - المأخوذة من المعاودة -

بتكررها ومعاودتها عدة مرات تصير معروفة مستقرة فى النفوس والعقول متلقاة

بالقبول من غير علاقة ولا قرابة فتصير بذلك حقيقة عرفية] (حاشية ابن عابدين

ج ٥ ص ٨٤) ويرى الكمال بن الهمام أن العادة تقتصر على العرف العملى فقط

دون القولى (شرح التحرير ج ٢ ص ٣٦٩) .

الدقيق أن العرف وإن خالف ظاهر النص إلا أنه يتفق مع علة النص وعلى هذا فقد جوّزوا عقوداً وشروطاً لم ينص عليها الشارع رغم أخذهم بحديث النهي عن بيع وشرط فقد أجازوا مسألة تسمير القبقاب أى شراء القبقاب على أن يستمر له سيراً أى يستعمله شخصياً ولا يتصرف فيه فهذا بيع مع شرط المنع من التصرف صح عندهم لتعارف الناس عليه فصح البيع ولزم الشرط استحساناً لتعامل الناس به ومقتضى القياس هنا هو فساد هذا الشرط لأنه ليس من مقتضى العقد وإن كان فيه نفع لأحد العاقدين . وأجازوا عقد الاستصناع مع أنه بيع لمعدوم وهو باطل عندهم ولكن صح استحساناً لتعامل الناس به ، ومن ذلك أيضاً شراء الصوف المنسوج على أن يجعله البائع قلنسوة أو ثوب أو شراء قلنسوة على أن يجعل لها البائع بطانة من عنده ، ومنه أيضاً شراء ثوب أو خف خَلِق على أن يرّقع البائع فهذا كله صحيح عندهم لتعارف الناس عليه مع أن القياس منع هذه العقود والشروط لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط وأبو حنيفة نفسه هو راوى هذا الحديث^(١) وقد يفهم من هذا - لأول وهلة - أنهم يقدمون العرف على النص ، وهذا محال فالعرف كما صرحوا بذلك ليس يقدم على النص ولكن يقدم على القياس ، وقد علل الحنفية حديث النهي عن بيع وشرط بأن العلة من النهي هي وقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة ، ولما كان العرف ينفي النزاع يقيناً إذ لا يمكن أن تستقر عادة بين الناس مع وجود المنازعة ، فلذلك يكون العرف موافقاً لمعنى الحديث وليس منافياً له ولم يبق من الموانع إلا القياس والعرف قاض عليه^(٢) . وهذا يوضح أن النهي عن الشرط في العقد - عند الحنفية - ليس لذاته وإنما لأنه يؤدي إلى وقوع

(١) يراجع في هذا حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٨٧، ٨٨ .

(٢) في هذا المعنى حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٨٨ ويقول ابن عابدين والعرف في

الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار .

النزاع والعرف ينفي بطبيعته النزاع وبالتالي يصح العقد والشرط عندهم بالعرف ولا يتعارض هذا الحكم مع الحديث الذي صح عندهم لأن عموم اللفظ هنا مخصص بالعرف فالمقصود من الحديث هو النهي عن الشروط المفضية إلى وقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به ، ولا مانع من أن الأصل في الشروط المقارنة أنها تفضى إلى مثل هذا النزاع إذ أن العرف كفيل بإزالة هذه الصفة عن الشرط الذي تعارف عليه الناس . ومن هذا يتضح أن أخذ الحنفية بالعرف المقدم عندهم على القياس (وليس النص) قد فتح لهم باباً واسعاً جعلهم يتعدون إلى حد كبير عن القاعدة التي اعتنقها الظاهرية والشافعية من أن الأصل في العقود والشروط هو الحظر لا الإباحة . هذا وقد زاد بعض الحنفية في توسعهم فأخذوا بالعرف الخاص ولم يشترطوا العرف العام الذي يشمل ما اعتاده الناس في جميع الأمصار الإسلامية كتعارف الناس على بيوع التعاطى وعلى عقود الاستصناع وعلى الجلوس في المقاهى دون تحديد مدة للبقاء مقابل أن يشرب شيئاً يدفع ثمنه لصاحب المقهى . والعرف الخاص هو ما اعتاده أهل إقليم واحد أو بلدة واحدة كتعارف أهل مصر على أن الزوجة هي التي تقوم بتجهيز المنزل ومن ذلك أيضاً ما ذكره الزيلعي من أن مشايخ بلخ والنسفي يجيزون حمل الطعام ببعض الحمول ونسج الثوب ببعض المنسوج لتعامل أهل بلخ بذلك ولكن الزيلعي عقب على ذلك بأن غالبية فقهاء المذهب الحنفي لم يجيزوا هذا التخصيص لأن ذلك تعامل أهل بلدة واحدة فلا يكفي لتخصيص الأثر وهذا بخلاف عقد الاستصناع فإن التعامل جرى به في كل البلاد وبمثله يترك القياس ويُخص الأثر^(١) .



(١) نقله عن الزيلعي ابن عابدين في الحاشية ج ٦/٥٩ .

١٥ - نقد المذهب الحنفى :

الواقع من الأمر أن الحنفية - رغم أخذهم - بقاعدة الحظر في العقود والشروط ورغم أنهم هم الذين رووا حديث النهى عن بيع وشرط فإنهم قد فتحوا الباب واسعاً - كما رأينا - عن طريق العرف فهم توسعوا عن الظاهرية والشافعية كثيراً في هذه المسألة ولكن ما كان أغناهم عن هذا كله لو أنهم لم يتبعوا هذا الحديث المشهود له بالضعف من أهل الحديث ومن ثم ما كانوا ليحتاجوا الى العرف لتصحيح العقود المستحدثة التى هى - أصلاً - صحيحة بناء على الأصل المخالف لهم وهو أصل الإباحة فى العقود والشروط .



✽ المطلب الثالث ✽

مذهب الموسعين لدائرة العقود والشروط

وهم جمهور المالكية والحنابلة

١٦ - رأى جمهور المالكية^(١) :

يرى أصحاب الإمام مالك أن مذهبه في مسألة العقود والشروط هو أحسن المذاهب إذ به يجمع بين الأحاديث المختلفة (في ظاهرها) كلها والجمع عندهم أحسن من الترجيح ويرى الإمام مالك بصفة عامة جواز التعاقد على المنافع في عقود المعاوضات المالية رغم أنها معدومة ويرى الإمام مالك جواز التبرع بالمعدوم وقت التعاقد^(٢) فالإمام مالك يرى أنه لا تلازم بين الانعدام والغرر الذى يؤثر على عقود المعاوضات المالية كما أن الغرر لا يؤثر في عقود التبرعات عندهم وهذا من المالكية توسع كبير في دائرة العقود بصفة عامة دون اعتماد على العرف . ويرى المالكية أن الأصل في اختلاف الناس في الشروط المستحدثة ثلاثة أحاديث :

● أحدهما : حديث جابر قال : « ابتاع منى رسول الله صلى الله عليه وسلم بغيراً وشرط ظهره إلى المدينة » وهذا حديث صحيح .

● والحديث الثانى : حديث بريرة المعروف وهو أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط »

(١) يراجع فى هذا بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ١٥٨/٢ وشرح الزرقانى على مختصر خليل ٨٥/٥ . والمنتقى للباغى ج٩ ص ٣٦ .

(٢) يراجع شرح الخرشى على خليل ١٠٥/٧ ، والمدونة ج١٥ ص ١٢٠ .

والحديث متفق على صحته .

● **والثالث :** حديث جابر قال : (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعاومة والثنيا ورخص في العرايا) وهو أيضاً مروى في الصحيح ويرى المالكية أنه يضم إلى هذه الأحاديث الثلاثة ما رواه أبو حنيفة من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط ولكنهم خصصوا هذا الحديث بحديث جابر المروى في الصحيح بشأن الثنيا فأباحوا بصفة عامة للمتعاقد أن يشترط لنفسه منفعة يسيرة قد تصل عندهم مدتها إلى سنة ويرى أن الشرط في البيع (وتقاس عليه سائر عقود المعاوضات المالية) يقع على ضربين : أحدهما أن يشترط الشرط بعد انقضاء الملك مثل أن يبيع العبد أو الأمة ويشترط أنه متى عتق كان ولاؤه له دون المشتري فمثل هذا قالوا فيه يصح العقد ويطلق الشرط لحديث بريرة وأما الضرب الثاني فهو الشرط الذى يقع فى مدة الملك وهذا ينقسم عندهم إلى ثلاثة أقسام :

● **القسم الأول :** أن يشترط فى المبيع منفعة لنفسه .

● **القسم الثانى :** أن يشترط على المشتري منعاً من تصرف عام أو خاص .

● **القسم الثالث :** أن يشترط إيقاع معنى فى المبيع . وهذا القسم الثالث ينقسم بدوره إلى قسمين أحدهما : أن يكون معنى من معانى البر والثانى أن يكون معنى ليس فيه من البر شيء .

● **فأما القسم الأول :** وهو الشرط الذى فيه منفعة للبائع (أو للمشتري) ولا يعود بمنع التصرف فى أصل المبيع كأن يبيع الدار ويشترط سكنها مدة يسيرة مثل الشهر وقيل السنة فذلك جائز لحديث جابر واشترطه

ظهر جملة إلى المدينة .

● وأما الشرط الذى فيه منع من تصرف عام أو خاص (وهو القسم الثانى) فذلك لا يجوز عندهم لأنه من الثنيا المنهى عنها مثل أن يبيع الأمة على ألا يطأها أو ألا يبيعها وهكذا يوفقون بين حديث جابر الخاص باستثناء منفعة المبيع وبين حديثه بالنهاى عن الثنيا .

● وأما القسم الثالث : وهو الشرط الذى فيه معنى من معانى البر مثل العتق كما إذا اشترط تعجيله جاز عندهم ، وإن تأخر لم يجز لعظيم الغرر فيه^(١) .

١٧ - نقد المذهب المالكى :

لقد توسع المالكية توسعاً كبيراً فى دائرة العقود دون حاجة إلى الاعتماد على العرف فهم لا يربطون بين الانعدام والغرر فقد يكون الشئ محل التعاقد معدوماً ولكنه مقدور على تسليمه عند التنفيذ فيصح التعاقد بشأنه ولذلك نجد أن مالكاً يجيز التعاقد على الثمار التى لا يمكن وجودها دفعة واحدة ما دام قد ظهر منها شئ كما فى الخضروات والبطيخ وغيرها وهذا على عكس الحنفية والشافعية الذين يعتبرون الانعدام ملازماً للغرر^(٢) والذى يبدو لى من نقول المالكية أنهم يقتربون كثيراً من قاعدة الأصل فى العقود الإباحة وإن لم يصرح جمهورهم^(٣) بذلك فقد جاء فى المدونة : (إن اشترى عبداً على أن يعتقه قال مالك : يجوز وعلل ذلك بأن البائع وضع من الثمن للشرط الذى فيه العبد فلم يقع فيه غرر وإنما يكون فيه الغرر لو باعه على أن يعتقه

(١) المدونة الكبرى ١٥٢/٩ .

(٢) انظر مواهب الجليل للخطاب ج ٤ ص ٢٩٤ ، والمبسوط للسرخسى ج ١٢

ص ١٩٤ ، شرح صحيح مسلم للنووى ج ٩ ص ١٥٨ .

(٣) سنرى أن من المالكية من صرح بذلك الأصل وهو الشاطبى فى الموافقات ج ١

ص ١٩٢ .

إلى سنتين أو يدبره فهذه المخاطرة والغرر لأن العتق إلى أجل والتدبير غرر وإن فعل المشتري ذلك (احتراماً للشرط) لأن العبد إن مات قبل أن يأتي الأجل مات عبداً ، ولأن المدبر إذا مات قبل مولاه مات عبداً ولعل الدين يلحقه بعد موت سيده فيرق ولعله لا يترك مالاً ولا يعتق إلا ثلثه فهذا يدل على أنه غرر [(١)] فهذا الكلام يدل على أنهم يميزون العقود المستحدثة إن لم يكن فيها غرر أى إذا لم تشتمل على ما يخالف الشرع وهذا إلى جانب تخفيفهم في مسألة الانعدام وهذا كله يجعلهم أوسع من الحنفية في مسألة العقود والشروط ولكن يؤخذ عليهم أنهم احتجوا بحديث النهى عن بيع وشرط مع أنه حديث ضعيف ليس بحجة .

١٨ - رأى جمهور الحنابلة :

انفرد الإمام أحمد بالنسبة إلى الأئمة الثلاثة مالك وأبي حنيفة والشافعي - بالتصريح بإباحة الشرط الزائد في العقد (٢) وهذا يجعله يقترب أكثر من المالكية بالنسبة إلى قاعدة الأصل في العقود الإباحة لأن إباحة الشرط الزائد المستحدث في العقد تشير إلى إباحة العقد المستحدث الذى لا يحتوى على ما يخالف نصاً في الكتاب أو السنة . وقد صرح الحنابلة بأن حديث النهى عن بيع وشرط إنما هو حديث ضعيف ليس بحجة وهم يأخذون بحديث النهى عن الشرطين في البيع فقد ورد عن عبد الله بن عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يجل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا تبع ما ليس عندك » (٣) . هذا وقد اختلف الحنابلة في تفسير الشرطين المنهى عنهما

(١) المدونة الكبرى ج ١ ص ١٩٢ .

(٢) المغنى لابن قدامة ٢٠٢/٤ وما بعدها .

(٣) أخرجه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن صحيح يراجع في هذا المغنى

لابن قدامة ج ٤ ص ٢٠١ .

فروى عن الإمام أحمد أنهما شرطان صحيحان ليسا من مصلحة العقد كمن اشترى ثوباً واشترط على البائع قصارته وخطاطته ومن اشترى طعاماً واشترط على البائع طبخه وحمله ، وفي رواية أخرى عن أحمد أنه فسر الشرطين بشرطين فاسدين نحو أن يشتري الأمة ويشترط البائع عليه ألا يبيعهما من أحد ولا يطأها^(١) وعلى هذه الرواية الأخيرة فإنه يجوز اشتراط أى عدد من الشروط الصحيحة ليست من مصلحة العقد ولكنها لا تنافي مقتضاه وعلى هذه الرواية أيضاً إذا اشترط شرطاً واحداً فاسداً فإن الشرط وحده هو الذى يبطل ويصح العقد وإذا اشترط شرطين فاسدين فإن العقد يبطل بهما .

١٩ - نقد المذهب الحنبلى :

يعتبر المذهب الحنبلى أوسع المذاهب فى هذه المسألة فهم ينفردون برد حديث النهى عن بيع وشرط ويقتربون أكثر من غيرهم من قاعدة الأصل فى العقود والشروط الإباحة وعلى الأخص بالنسبة للرواية التى تفسر الشرطين الممنوعين فى العقد بشرطين فاسدين أى تجيز اشتراط أى عدد من الشروط الصحيحة ولكن الجمهور - مع ذلك - لم يصل إلى القول الصريح بأن الأصل فى العقود والشروط هو الإباحة لا الحظر .



* المطلب الرابع *

مذهب الدين صرحوا بأن الأصل في العقود والشروط
هو الإباحة لا الحظر

[وهم : ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة والشاطبي من المالكية] .

٢٠ - رأى ابن تيمية :

حمل شيخ الإسلام ابن تيمية لواء الدفاع عن قاعدة حرية العقود والشروط فقد ذكر ابن تيمية صراحة أن الأصل في العقود والشروط هو الإباحة لا الحظر واستدل على ذلك بالكتاب والسنة والاعتبار ونظراً لقوة الأدلة التي استدل بها ابن تيمية في هذا الشأن فإننا نسوقها بشيء من التفصيل^(١) .

٢١ - استدلال ابن تيمية بالكتاب^(٢) :

استدل ابن تيمية بقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ [المائدة : ١] والعقود هي العهود قال تعالى : ﴿ وبعهد الله أوفوا ﴾ [الأنعام : ١٥٢] وقال تعالى : ﴿ وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً ﴾ [الإسراء : ٣٤] وقال تعالى : ﴿ ولقد كانوا عاهدوا الله من قبل لا يولون الأدبار وكان عهد الله مسئولاً ﴾ [الأحزاب : ١٥] فأمر سبحانه وتعالى بالوفاء بالعقود ويقول ابن تيمية : إن هذا عام وإنه تعالى أمر بالوفاء بعهد

(١) يراجع في ذلك كله الفتاوى الكبرى لابن تيمية بتقديم الشيخ حسين مخلوف

ج ٤ ص ٢٠١ وما بعدها .

(٢) نقلاً عن ابن تيمية المرجع السابق .

الله وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه بدليل الآية آفة الذكر من سورة الأحزاب فدل على أن عهد الله يدخل فيه ما عقده المرء على نفسه وقد أمر الله بالوفاء به وقرنه بالصدق في قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ﴾ [الأنعام : ١٥٢] لأن العدل في القول خبر يتعلق بالماضي والحاضر ، والوفاء بالعهد يكون في القول المتعلق بالمستقبل وقال سبحانه : ﴿ وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ ﴾ [النساء : ١] وقال المفسرون كالضحاك وغيره : تساءلون به تتعاهدون وتتعاقدون ، وذلك لأن كل واحد من المتعاقدين يطلب من الآخر ما أوجبه العقد من فعل أو ترك مال أو نفع ونحو ذلك . وقال سبحانه : ﴿ وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ ﴾ ولا تكونوا كالتى نقضت غزلها من بعد قوة أنكاثا تتخذون أيمانكم دخلاً بينكم أن تكون أمة هي أربى من أمة إنما يلوكم الله به ﴿ إلى قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَتَّخِذُوا أَيْمَانَكُمْ دَخْلًا بَيْنَكُمْ ﴾ [النحل : من ٩١ إلى ٩٤] والأيمان جمع يمين وكل عقد فإنه يمين قيل : سمي بذلك لأنهم كانوا يعقدونه بالمصافحة باليمين ويدل على ذلك أيضاً قوله تعالى : ﴿ إِلَّا الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ ثُمَّ لَمْ يَنْقُصُوكُمْ شَيْئًا وَلَمْ يُظَاهَرُوا عَلَيْكُمْ أَحَدًا فَأَتُوا إِلَيْهِمْ عَهْدِهِمْ إِلَىٰ مَدَّتِهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ كَيْفَ وَإِنْ يَظْهَرُوا عَلَيْكُمْ لَا يَرْقُبُوا فِيكُمْ إِلَّا وَلَا ذِمَّة ﴾ [التوبة : ٧ ، ٨٠] والإل هو القرابة ، والذمة العهد وهما المذكوران في قوله تعالى : ﴿ تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ ﴾ [النساء : ١] فذمهم على قطيعة الرجم ونقض الذمة أى العهد والعقد وقال تعالى : ﴿ وَإِنْ نَكَثُوا أَيْمَانَهُمْ مِنْ بَعْدِ عَهْدِهِمْ ﴾ [التوبة : ١٢] فهذه نزلت في الكفار لما صالحهم النبي صلى الله عليه وسلم عام الحديبية ثم نقضوا العهد بإعانة بنى بكر شلى خزاعة . فهذه الآيات الكريمة وغيرها توجب الوفاء بالعقد وهذا مما لا ريب فيه .

٢٢ - استدلال ابن تيمية بالسنة المطهرة^(١) :

استدل شيخ الإسلام بما ورد في الصحيحين عن عبد الله بن عمر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها ، من إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا عاهد غدر وإذا خاصم فجر »^(٢) فذم الغادر وكل من شرط شرطاً ثم نقضه فهو غادر ولا ريب ، وفي الصحيحين عن عقبه بن عامر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « أحق الشروط أن توفوا ما استحللتم به الفروج »^(٣) فدل على استحقاق الشروط بالوفاء وأن شروط النكاح أحق بالوفاء من غيرها . ويستند ابن تيمية أيضاً إلى ما رواه أبو داود والدارقطني من حديث سلمان بن بلال عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً والمسلمون على شروطهم » وروى الترمذى والبخاري من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً »^(٤) وقال الترمذى حديث حسن صحيح .

وروى أبو بكر البزار أيضاً عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الناس على شروطهم ما وافقت الحق » ويذكر ابن تيمية

(١) نقلاً عنه في المرجع السابق ج ٢ ص ٤٧٧ وما بعدها .

(٢) رواه البخاري ومسلم أنظر التاج الجامع للشيخ منصور على ناصف ج ٥ ص ٤١ .

(٣) رواه البخاري في كتاب الشروط باب الشروط في المهر .

(٤) أنظر الفتاوى الكبرى لابن تيمية ج ٣ ص ٤٨١ .

بالنسبة لأسانيد هذا الحديث أنه وإن كان الواحد منها ضعيفاً فاجتماعها من طرق مختلفة يشد بعضها بعضاً يقوى الحديث فضلاً عن أن هذا المعنى هو الذى يشهد له الكتاب والسنة^(١).

٢٣ - وجه استدلال ابن تيمية بالكتاب والسنة على أصل الإباحة بالنسبة إلى العقود والشروط^(٢) :

يقول ابن تيمية : إن الكتاب والسنة قد جاءا بالأمر بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود وبإداء الأمانة ورعاية ذلك كله والنهي عن الغدر ونقض العهود والخيانة والتشديد على من يفعل ذلك ، ولو كان الأصل فى العقود الحظر والفساد إلا ما أباحه الشرع أو أوجبه لم يجز أن تؤمر بها مطلقاً ويذم من نقضها أو غدر مطلقاً ، كما أن قتل الأنفس لما كان الأصل فيه الحظر إلا ما أباحه الشرع أو أوجبه لم يجز أن يؤمر بقتل الأنفس مطلقاً بخلاف ما كان جنسه واجباً كالصلاة والزكاة فإنه يؤمر به مطلقاً ، وإن كان لذلك شروط وموانع عن الصلاة بغير الطهارة وعن الصدقة بما يضر النفس ونحو ذلك ، وكذلك الصدق فى الحديث مأمور به وإن كان قد يحرم الصدق أحياناً لعارض ويجب السكوت والتعريض ، وإذا كان حسن الوفاء ورعاية العهد مأموراً به فلما كان ذلك كذلك علم أن الأصل صحة العقود والشروط إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره وحصل به مقصوده وهو الوفاء به ، وإذا كان الشرع قد أمر بمقصود العهود فهذا يدل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة .

والإباحة هنا لا تتعارض البتة مع ما حرمة الله فالمشترط ليس له أن الجديد يبيح ما حرمة الله ولا أن يحرم باطلاق ما أباحه الله ، فإن عقده وشرطه

(١) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ج ٣ ص ٤٨١ .

(٢) نقلاً عن الفتاوى الكبرى لابن تيمية ج ٣ ص ٤٨١ وما بعدها .

يكون حينئذ باطلاً لمخالفته لحكم الله ، وكذلك ليس له أن يسقط ما أوجبه الله وإنما المشروط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجباً ولا حراماً ، وكل شرط صحيح لا بد أن يفيد وجوب ما لم يكن واجباً وإباحة ما لم يكن مباحاً وتحريم ما لم يكن حراماً وكذلك كل من المتاجرين والمتناكحين . وكذلك إذا اشترط صفة في المبيع أو رهناً أو اشترطت المرأة زيادة على مهر مثلها فإنه يجب ويحرم ويباح بهذا الشرط ما لم يكن كذلك ، وهذا المعنى هو الذى أوهم من اعتقد أن الأصل هو فساد الشروط إذ قال لأنها إما أن تبيح حراماً أو تحرم حلالاً أو توجب ساقطاً أو تسقط واجباً وذلك لا يجوز إلا بإذن الشرع وقد ورد شبهات عند بعض الناس حتى توهموا أن حديث « المسلمون على شروطهم » متناقض وليس كذلك فى الحقيقة ، بل ما كان حراماً مؤبداً بدون الشرط فالشرط لا يبيحه كالزنا والوطء فى ملك الغير . وأما ما كان مباحاً بدون الشرط فالشرط قد يوجبه كالزيادة فى المهر والتمن والمثمن والرهن وتأخير الاستيفاء ، فإن الرجل له أن يعطى المرأة وله أن يتبرع بالرهن والاستيفاء ونحو ذلك فإذا شرطه صار واجباً .

وهذا التحليل الدقيق لابن تيمية يكشف بدقة عن حقيقة الموقف بالنسبة إلى أثر الشرط فى العقد ويكشف عن الغلط الذى وقع فيه بعض الفقهاء عندما قالوا بأن الشرط بصفة عامة يحل الحرام ويحرم الحلال وهذا غير صحيح لأنه ينبغى التفرقة بين ما هو محرم أو ما هو حلال بصفة مطلقة وبين المحرم أو الحلال فى حال مخصوصة كالمرأة الأجنبية فهى حرام على من يريد الزواج منها حتى يعقد عليها بعقد صحيح فهذا العقد قد أحل ما كان محرماً ولا يعتبر هذا تحليلاً لما حرمه الله ، وأما المحرمة بصفة مؤبدة مثل أم الزوجة فإن العقد عليها لا يحلها . وكذلك الشأن بالنسبة إلى العقود

المستحدثة فإنها ما دامت لم تشمل على ما يتعارض مع نص شرعى صحيح

فإنها تكون صحيحة حتى لو أحلت ما كان محرماً في حال مخصوصة ويجوز تحليله بالعقد .

٢٤ - وجه الاستدلال بالاعتبار عند ابن تيمية^(١) :

● أولاً : العقود والشروط من باب الأفعال العادية الأصل

فيها الإباحة :

فالأصل في العقود مثل الأصل في الأفعال العادية هو الإباحة وعدم الحظر لأنها ليست من العبادات ، وقوله تعالى : ﴿ وقد فصل لكم ما حرم عليكم ﴾ [الأنعام : ١١٩] عام في الأعيان والأفعال وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة ، وأيضاً فليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط إلا ما ثبت تحريمه بعينه وانتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم فثبت بالاستصحاب العقلي وانتفاء الدليل الشرعي عدم التحريم فيكون فعلها إما حلالاً أو عفواً ، كالأعيان التي لم تحرم وغالب ما يستدل به على أن الأصل في الأعيان عدم التحريم من النصوص العامة والأقيسة الخاصة والاستحضر العقلي وانتفاء الحكم لانتفاء دليله ، فانه يستدل به أيضاً على عدم تحريم العقود والشروط فيها سواء سمي ذلك حلالاً أو عفواً على الاختلاف المعروف بين الفقهاء بين الحلال والعفو ، وليس أدل على تسوية العقود بالأفعال - من هذه الناحية - من أن المسلمين قد اتفقوا على أن العقود التي عقدها الكفار يحكم بصحتها بعد الإسلام إذا لم تكن محرمة على المسلمين وإن كان الكفار لم يعقدوها بإذن شرعي ، ولو كانت العقود كالعبادات لا تصح إلا بشرع لحكموا بفسادها أو بفساد ما لم يكن أهله مستمسكون فيه بشرع .

(١) نقلا عن الفتاوى الكبرى لابن تيمية ج ٣ ص ٤٨٣ .

● ثانياً : التراضي في العقود عموماً وطيب النفس في التبرعات هو الأصل بالدليل القرآني :

الأصل في العقود رضی العاقدین ونتيجتها هي ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد لأن الله تعالى قال في كتابه : ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ [النساء : ٢٩] وقال : ﴿ فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴾ [النساء : ٤] فعلق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه فدل على أنه سبب له وهو حكم معلق على وصف مشتق مناسب فدل على أن ذلك الوصف سبب لذلك الحكم ، وإذا كان طيب النفس هو المبيح للصدقات فكذلك سائر التبرعات قياساً بالعلة المنصوصة التي دل عليها القرآن وكذلك قوله تعالى : ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ لم يشترط في التجارة إلا التراضي ، وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة ، وإذا كان كذلك فإذا تراضي المتعاقدان أو طابت نفس المتبرع بتبرع ثبت حله بدلالة الكتاب إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله كالتجارة في الخمر ونحو ذلك .

● ثالثاً : الشرط المنافي لمقصود العقد والشرط المنافي لمقصود الشارع :

يقول ابن تيمية إنه إذا كان الشرط منافياً لمقصود العقد كان الشرط لغواً ، وإذا كان منافياً لمقصود الشارع كان مخالفاً لله ورسوله فأما إذا لم يشتمل على واحد منهما بأن لم يكن لغواً ولا اشتمل على ما حرمه الله ورسوله فلا وجه لتحريمه ، بل الواجب حله لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه إذ لولا حاجتهم لما فعلوا فإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه ، ولم يثبت تحريمه فيباح لما في الكتاب والسنة من الأمر برفع الحرج .

● رابعاً : الرد على الاستدلال بحديث بريرة في حظر العقود والشروط :

فسر ابن تيمية حديث بريرة بأن النبي صلى الله عليه وسلم أراد به إبطال الشروط التي تنافي كتاب الله ، ولم يرد إبطال الشروط التي سكت عنها كتاب الله ، ثم رد على القول بأن النبي صلى الله عليه وسلم أراد أن الشروط التي لم يبيحها ولم يجرمها تكون باطلة فقد رد على هذا القول بأن الكتاب والسنة دلاً على وجوب الوفاء بالعقود والشروط بصفة عامة ، ولذلك فإن أى شرط سكت عنه الكتاب بخصوصه يدخل في هذا الأمر العام الصادر من الكتاب والسنة بوجوب الوفاء بالشروط بصفة عامة ، ولا يخرج هنا إلا ما دل عليه دليل خاص ينهى الله تعالى عنه كما هو الحال في شرط الولاء لغير المعتق والذي نص عليه الحديث .

٢٥ - كيفية تطبيق قاعدة حرية العقود والشروط عند ابن تيمية^(١) :

يرى ابن تيمية أنه مع التسليم بأن الأصل في العقود والشروط الإباحة ، فإن هذا لا يعنى أننا نعتبر أى عقد أو أى شرط صحيحاً دون بحث وتروء ، بل يتعين علينا أن نبحث لنعرف هل يوجد نص خاص يجرم مثل هذا العقد أو الشرط أم لا . و حجته في ذلك واضحة فهو يقول إنه لعدم تحريم العقود والشروط وصحتها أصلاً : الأدلة الشرعية العامة والأدلة العقلية التي هي الاستصحاب وانتفاء المحرم فلا يجوز القول بموجب هذه القاعدة في أنواع المسائل وأعيانها إلا بعد الاجتهاد في خصوص ذلك النوع الجديد أو تلك المسألة لمعرفة هل ورد من الأدلة الشرعية ما يقتضى التحريم لأنه إذا كان الدليل هو الاستصحاب ونفى الدليل الشرعي المحرم فقد أجمع

(١) نقلاً عن الفتاوى الكبرى ج ٣ ص ٤٩١ وما بعدها .

المسلمون وعلم بالاضطرار من دين الإسلام أنه لا يجوز لأحد أن يعتقد أو يفتي بموجب هذا الاستصحاب والنفي إلا بعد البحث عن الأدلة الخاصة والتأكد من عدم وجود نص خاص يحرم في المسألة المعروضة . ويستخلص ابن تيمية من ذلك أنه ما دام الخلاف يعود إلى اعتبار عقلي أو إطلاق لفظي فإن الأدلة النافية لتحريم العقود والشروط المثبتة لحلها مخصوصة بجميع ما حرمة الله ورسوله من العقود والشروط . ويقول ابن تيمية هنا : إن من غلب على ظنه من الفقهاء انتفاء المعارض في مسألة خلافية أو حادثة انتفع بهذه القاعدة فيذكر في أنواعها قواعد مطلقة ويضرب ابن تيمية بعض الأمثلة فيقول : إن الأصل عند الفقهاء أنه يجوز لكل من أخرج عيناً من ملكه معاوضة كالبيع والخلع أو تبرعاً كالوقف والعتق أن يستثنى بعض منافعها لما روى من حديث جابر أنف الذكر ، فإذا كان العقد مما لا يصح فيه الغرر كالبيع فلا بد أن يكون المستثنى معلوماً ، ويؤكد ذلك حديث جابر إذ اشترط ظهر البعير المباع إلى المدينة وهي مسافة معلومة لها مدة معلومة ، وإذا كان العقد مما يصح فيه الغرر كالعتق والوقف ، فله أن يستثنى غير معلوم فيستثنى خدمة العبد ما عاش أو عاش فلان أو يستثنى غلة الوقف ما عاش الواقف مثلاً ، وهكذا فلا بد إذن من معرفة ما حرمة الله ورسوله من العقود والشروط بالنسبة إلى كل نوع من أنواع العقود قبل الحكم بصحة عقد أو شرط على أساس قاعدة حرية العقود والشروط .

٢٦ - رأى ابن القيم^(١) من الحنابلة :

يقول ابن القيم إن الحنفية والمالكية والشافعية قالوا : إذا اشترطت الزوجة ألا يخرجها زوجها من بلدها أو دارها أو ألا يتزوج عليها ولا يتسرى فهو شرط باطل فتركوا محض القياس بل قياس الأولى فإنهم قالوا : لو شرطت

(١) أعلام الموقعين ج ١ ص ٣٨٦ وما بعدها .

في المهر تأجيلاً أو غير نقد البلد أو زيادة على مهر المثل لزم الوفاء بالشرط فأين المقصود الذي لها في الشرط الأول إلى المقصود الذي في هذا الشرط وأين فواته إلى فواته . ويقول ابن القيم أيضاً : أن الأصل في العبادات البطلان حتى يقوم الدليل على الأمر ، والأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم الدليل على البطلان والتحريم ، وأن الحلال ما أحله الله تعالى والحرام ما حرمه الله تعالى ، وما سكت عنه فهو عفو ، فكل شرط وعقد ومعاملة سكت عنها فإنه لا يجوز القول بتحريمها ، فإنه سكت عنها رحمة منه من غير نسيان أو إهمال ، فكيف وقد صرحت النصوص بأنها على الإباحة - فيما عدا ما حرمه الله سبحانه وتعالى - بأمره بالوفاء بالعقود والعهود (الآيات - السابق ذكرها التي في المائدة وغيرها) وفي الصحيحين من حديث عقبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم « إن أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج » وذكر ابن القيم أن نفاة القياس - وعلى رأسهم أهل الظاهر - احتاجوا إلى توسعة الظاهر والاستصحاب فحملوها فوق الحاجة ووسعوهما أكثر مما يسعانه فحيث فهموا من النص حكماً أثبتوه ولم يبالوا بما وراءه وحيث لم يفهموه منه نفوه ولجأوا إلى تحميل الاستصحاب فوق ما يستحقه ويضيف ابن القيم قائلاً : إن أصحاب الحظر قالوا : إن كل شرط وعقد ليس في النصوص إيجابه ولا الإذن فيه فإنه لا يخلو من أحد وجوه أربعة :

إما أن يكون صاحبه قد التزم فيه إباحة ما حرمه الله ورسوله أو تحريم ما أباحه أو إسقاط ما أوجبه أو إيجاب ما أسقطه ولا خامس لهذه الأقسام البتة ، ويرد ابن القيم على ذلك بقوله : إن هؤلاء قد فاتهم أن هناك قسماً خامساً وهو ما أباحه الله سبحانه للمكلف من تنويع أحكامه بالأسباب التي ملكه إياها ، فيباشر من الأسباب ما يحل له بعد أن كان حراماً عليه ، ويحرمه بعد أن كان حلالاً له ، أو يوجبه بعد أن لم يكن واجباً ، أو يسقطه بعد

وجوبه ، وليس في ذلك تغيير لأحكامه بل كل ذلك من أحكامه سبحانه فهو الذي أحل وحرم وأوجب وأسقط وإنما إلى العبد الأسباب المقتضية لتلك الأحكام ليس إلا ، فكما أن شراء الأمة ونكاح المرأة يحل له ما كان حراماً عليه قبله وطلاقها وبيعها بالعكس يحرمها عليه ويسقط عنه ما كان واجباً عليه من حقوقها ، كذلك التزامه بالعقد والعهد والنذر والشرط وقد قال تعالى : ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم﴾ [النساء : ٢٩] فأباح التجارة التي تراضى بها المتبايعان فإذا تراضيا عن شرط لا يخالف حكم الله جاز لهما ذلك ، ولا يجوز إلغاؤه وإلزامهما بما لم يلتزمه كما لا يجوز إلزامهما بما لم يلزمهما الله ورسوله ولا بإبطال ما شرطا مما لم يحرم الله ورسوله عليهما شرطه ، ومحرم الحلال كمحلل الحرام ، فهؤلاء ألغوا من شروط المتعاقدين ما لم يبلغه الله ورسوله ، وقابلهم آخرون من القياسيين فاعتبروا من شروط الواقفين ما ألغاه الله ورسوله ، وكلا القولين خطأ ، بل الصواب إلغاء كل شرط يخالف حكم الله واعتبار كل شرط لم يحرمه الله ولم يمنع منه^(١).

٢٧ - رأى الشاطبي من المالكية :

ذهب الإمام الشاطبي من المالكية إلى أن الأصل في العقود والشروط في المعاملات هو الإباحة لا الحظر فهو يقول : [أنه إذا لم يظهر في الشرط منافاة لمشرطه ولا ملاءمة فإن القاعدة المستمرة في أمثال هذا هي التفرقة بين العبادات والمعاملات ، فما كان من العبادات فلا يكتفى فيه بعدم المنافاة دون أن تظهر الملاءمة لأن الأصل فيها التبعيد دون الالتفات إلى المعاني ، والأصل فيها أن لا يقدم عليها إلا بإذن إذ لا مجال للعقول في اختراع التعبدات فكذلك ما يتعلق بها من شروط ، وما كان من المعاملات يكتفى فيها بعدم المنافاة لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التبعيد والأصل فيها الإذن

(١) نقلاً عن أعلام الموقعين لابن القيم بتصريف قليل ج ٢ ص ٢٦ الى ص ٣٦ .

حتى يدل الدليل عليه [١] وهذا الرأي يتفق مع مذهب ابن تيمية وابن القيم وإن كان ابن تيمية قد توسع وجاء بالأدلة العديدة التي تثبت قاعدة حرية العقود والشروط .

٢٨ - ترجيح رأى ابن تيمية وابن القيم والشاطبي :

لقد جاء رأى هؤلاء الفقهاء الثلاثة متفقاً مع نصوص الكتاب والسنة ومتفقاً مع أصول الشريعة وأهمها رفع الحرج عن الناس ، ومتفقاً مع طبيعة العقود والشروط ، فهي مثل العادات التي أصلها الإباحة ، وليست من قبيل العبادات التي أصلها الحظر . ولقد فند ابن تيمية جميع الحجج المعارضة وقد كفانا ابن تيمية وكذلك ابن القيم مئونة البحث عن الأدلة المثبتة لهذا الأصل الهام .



(١) نقلاً عن الموافقات للشاطبي ج ١ ص ١٦٢ وما بعدها .

✽ المبحث الثاني ✽

مدى حرية العاقد في إنشاء العقود في القانون ،

وبيان الفرق بين القاعدة الإسلامية والقاعدة في القانون

٢٩ - التراضي لم يكن معروفاً في القانون الروماني إلا على سبيل الاستثناء وفي مراحل المتأخرة :

فالأصل هو الحظر في العقود^(١) لقد بدأت العقود في القانون الروماني شكلية خاضعة لأوضاع معينة من إشارات وحركات وألفاظ وكتابة هي كلها أشبه بالطقوس الدينية وأما مجرد التراضي أي توافق الإرادتين فلا يكون عقداً فكان المدين يلتزم لأنه استوفى الأشكال المرسومة ، فما دام استوفى هذه الأشكال فإن التزامه يصبح صحيحاً حتى لو كان السبب الحقيقي الذي دفعه إلى الالتزام لا وجود له أو كان غير مشروع أو كان مخالفاً للآداب فإلغى العقد الشكلي كان عقداً مجرداً يستمد صحته من شكله لا من موضوعه فمبدأ الرضائية لم يكن أبداً أصلاً من أصول القانون الروماني . ففى البداية ظهرت العقود المسماة وهي لم تكن تعتمد على التراضي وإنما على أمور أخرى ، فالعقود العينية وهي القرض والعارية والوديعة والتصرف الائتماني والرهن كانت تعتمد على التسليم أو القبض فالتسليم هو ركن العقد لا يقوم العقد بدونه . ومن العقود المسماة أيضاً ما كان يعرف بالعقود اللفظية أي إن ألفاظاً معينة حددها القانون تعتبر ركناً في العقد وكان يشترط في هذه الألفاظ أن

(١) يراجع نظرية الالتزام في القانون الروماني لتفصيل شحاتة ص ٧٣ وما بعدها
والوسيط للسهنوري ج ١ ص ١٤١ وما بعدها .

تكون باللغة اللاتينية ثم أجازوا في مرحلة لاحقة استعمال الألفاظ المحددة باللغة اليونانية دون الآشورية أو القرطاجية ، وفي تطور أخير أجازوا استعمال سائر اللغات مع الالتزام بألفاظ محددة ، فالنطق بألفاظ محددة هو ركن العقد بصرف النظر عن حقيقة الرضا ، وكانت هذه العقود اللفظية تقتصر على العقود الملزمة لجانب واحد فالعقد لا يرتب التزاماً إلا في ذمة أحد العاقدين دون الآخر فهي عقود تنصب أساساً على التعهد من أحد العاقدين قبل العاقد الآخر بدفع دين . وإلى جانب هذه العقود وجدت العقود الكتابية فالكتابة تعتبر في هذه العقود هي ركن العقد ومن هذه العقود المسماة أيضاً بالعقود الرضائية وهي الشركة والوكالة والبيع والإجارة ، فهم أجازوا الانعقاد بالتراضي في بعض مراحل القانون الروماني ، ولكن الأصل العام في القانون الروماني هو أن الاتفاق لا ينشئ التزامات فالأصل هو مبدأ الحظر في العقود والشروط ومصدر العقود هو نص القانون والركن في العقود: المسماة (التي نص عليها القانون) هو هذه الأشكال المختلفة المجردة عن الرضا .

٣٠ - تطوّر القانون تدريجياً بالنسبة لحرية إنشاء العقود في العصور الوسطى وما بعدها وتأثره بالفقه الإسلامي حتى وصل إلى معرفة مبدأ سلطان الإرادة :

ظلت الشكلية بطقوسها وأوضاعها إلى نهاية القرن الثاني عشر الميلادي^(١) أي إلى ما بعد نزول الشريعة الإسلامية بستة قرون ثم أخذت تنحو تدريجياً نحو تقرير مبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقود المختلفة وقد ظهر هذا الاتجاه في القانون الفرنسي القديم ولم تقتصر هذه الشكلية على القانون الروماني والقوانين التي تدور في فلكه ، فإن هذا كان هو الحال أيضاً بالنسبة إلى القانون الإنجليزي ، ومن الغريب حقاً أننا نجد الإنجليز حتى القرن الرابع

(١) انظر الوسيط للسنهوري ج ١ ص ١٤٣ .

عشر لا يعرفون القوة الملزمة للعقد إلا إذا أفرغ في وثيقة رسمية بل إن الوثيقة الرسمية كانت هي التطور الذي انتهى إليه القانون الإنجليزي في منتصف القرن الرابع عشر الميلادي وفي هذا يقول الشراح الإنجليزي ما يأتي :

but by the middle of fourteenth century it was clearly established that covenant required the production of a sealed instrument. the agreement was enforced not because the parties had exchange mutual promises, but because it had been made in a particular form to which the law attached a peculiar force.⁽¹⁾

وترجمة ذلك بتصريف : [ولكن في منتصف القرن الرابع عشر (الميلادي) تقرر أن العقد يحتاج إلى وثيقة رسمية فالاتفاق لا يستمد قوته الملزمة بسبب أن طرفي العقد قد تبادلوا التعبير عن إرادة كل منهما فهذه القوة الملزمة لا توجد إلا إذا أفرغ الاتفاق في الشكل الخاص الذي استلزمه القانون ومنحه القوة] ولم يعرف القانون الإنجليزي انتقال الملكية بمجرد عقد البيع إلا في منتصف القرن الخامس عشر الميلادي وكان ذلك على سبيل الاستثناء وفي هذا يقول الشراح الإنجليزي :

(By the middle of the fifteenth century however the courts had allwed an exeption in the case of an executory contract for the sale of goods. The property in the goods was deemed to pass up on sale, even though no delivery had been made and this was of sufficient benefit to the purchaser to enable him to be sued by the

(2) Vender for the price)

Anson's law of contract. p.11 by AG Guest 24 Edition.

(1)

(2) المرجع السابق P.10 Anson's Low of contract

وترجمة ذلك بتصرف : [في منتصف القرن الخامس عشر أخذت المحاكم باستثناء متعلق بقضية خاصة ببيع بضائع فقد سلمت المحاكم بانتقال ملكية البضائع إلى المشتري قبل التسليم (أى بمجرد التراضي بالعقد) وذلك حتى يحق للبائع أن يطالب المشتري بالثمن] .

ومن هذه الأمثلة يتضح أن التراضي لم يكن ينتج أثراً في القانون الإنجليزي حتى هذا الوقت المتأخر [بعد نزول الشريعة الإسلامية بتسعة قرون] وهذا يدل على أن الأصل في العقود - في القوانين الأوربية - كان هو الحظر إلى عهد قريب فلم يكن العقد مصدراً للحقوق أو الالتزامات إلا فيما نص عليه القانون ، أى أن القانون هو المصدر العام المباشر للحقوق أو الالتزامات هذا ولم يظهر مبدأ الحرية في إنشاء العقود إلا في القرن الثامن عشر الميلادي فقط وفي هذا يقول الشارح الإنجليزي :

(first, great emphasis had been placed in the political philosophy of eighteenth century upon the concept of human liberty . Every man it was said - should be free to peroue his own interests in his own way . It was therefore conceived to be the duty of the law to give effect to the wills of the parties as expressed in their agreement)⁽¹⁾ .

وترجمة ذلك بتصرف : [ولقد ظهر أول تأكيد (للمبدأ) في ظل الفلسفة السياسية في القرن الثامن عشر إلى اعتنقت فكرة الحرية الفردية ، فلقد قيل حينذاك أن كل إنسان حر في تحقيق مصالحه بطريقته الخاصة ومن ثم فقد اعتبر أن من واجب القانون أن يرتب على إرادات الأطراف (المتعاقدة) الآثار التي اتجهت إليها هذه الإرادات] .

(1) المرجع السابق P.3 Anson's low of contract

هذا وقد صدرت قوانين نابليون في بداية القرن التاسع عشر الميلادي (١٨٠٤) ومنها القانون المدني الفرنسي الذي لا يزال معمولاً به إلى الآن (مع إدخال بعض التعديلات عليه على مر السنين) . ولقد جاءت هذه القوانين متأثرة بالشرعية الإسلامية عن طريق الفقه المالكي . الذي ساد قروناً عديدة في بعض دول أوروبا وهي التي كانت خاضعة لدولة الأندلس الإسلامية ، ويلاحظ أن الفقه المالكي يتوسع في العقود ، والإمام الشاطبي^(١) . من المالكية يذهب إلى أن الأصل في العقود والشروط هو الإباحة لا الحظر (كما بينت آنفاً)^(٢) .

هذا والأدلة كثيرة على تأثر القوانين الأوروبية بالشرعية الإسلامية عبر الفقه الإسلامي « والفقه ما هو إلا البيان العلمي للشرعية »^(٣) . ويعتبر الفقه المالكي هنا هو صاحب التأثير الأكبر لأنه هو الذي ساد في بلاد الأندلس ويأتي بعده الفقه الشافعي ، ومن هذه الأدلة أن الحوالة - وهي انتقال الالتزام بين الأحياء - لم تعرف في أوروبا قبل القرن الثاني عشر للميلاد مع أن الحوالة عرفت صراحة في الشريعة في أحاديث صحيحة فقد روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « مظل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع » [متفق عليه] وفي لفظ : « من أحيل بحقه على مليء

(١) الإمام الشاطبي ينتمي إلى غرناطة في بلاد الأندلس ولذلك فهو يسمى بالغرناطي وهو متوفى في سنة ٧٩٠هـ أي في أوائل القرن الخامس عشر الميلادي فلا شك أن آراءه الفقهية كانت لها أثر في أوروبا في هذه الفترة وما بعدها وإن كان علماء أوروبا لا يصرحون بذلك .

(٢) يراجع بند ٢٧ من هذا البحث .

(٣) وغنى عن البيان أن هذا البيان العلمي صادر بتحويل من الحق تبارك وتعالى ومسجل في الكتاب الأعظم قال تعالى : ﴿ وإذا جاءهم أمر من الأمن أو الخوف أذاعوا به ولو ردوه إلى الرسول وإلى أولى الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم .. ﴾ [النساء : ٨٣] .

فليحتل^(١).

ولم تعرف الحوالة في القوانين المدنية الأوروبية لأنها تتعارض مع هذه القوانين التي لم تعرف انتقال الالتزام بسبب الموت حتى يمكنها أن تعرف انتقال الالتزام بين الأحياء ولكن قوانين التجارة الأوروبية عرفت الحوالة عن الشريعة الإسلامية إذ انتقلت إليها عن طريق بلاد الأندلس غرباً وعن طريق الحروب الصليبية شرقاً عندما اختلط الفرنجة بالمسلمين وعن طريق فتوحات الدولة العثمانية . ولا أدل على ذلك من أننا نجد كلمة (آفال Aval) الفرنسية تستعمل بمعنى تظهير السفتجة (الحوالة) بتوقيع شخص ثالث على سبيل الكفالة وإنه من الواضح أنها هي بعينها كلمة حوالة^(٢) ، ومن ذلك أيضاً كلمة avànies الفرنسية المستعملة في قانون التجارة البحرى الفرنسى بمعنى الخسائر البحرية فهى مأخوذة عن كلمة العوار (البحرى) العربية وقد أقر بذلك علماء الفرنجة أنفسهم^(٣) هذا ومن يرجع إلى نظرية البيئات التى دونها علماء القرون الوسطى^(٤) فى أوروبا يجد أنها منقولة عن كتب الفقه الإسلامى خصوصاً بالنسبة للأمثلة الواردة بها .

(١) البخارى كتاب الحوالات باب (إذا أحوال على ملىء فليس له رد) .

(٢) لأن الفرنجة ينطقون الواو v فى بعض الأحيان وينطقون حرف الحاء ألفا أو خ كما عند الألمان ولكن غالبية الأوربيين (من الفرنسيين والانجليز والاطليان) ينطقون الحاء ألفا وكذلك حرف العين .

(٣) يراجع ما نقله بول هوفلان paul hovelin عن جراسوف Grasshoff فى مقال له منشور فى مجلة Annales de droit Commercial 1901 حوليات القانون التجارى سن ١٩٠١ منشورة بباريس من ص ١ الى ص ٣٠

(٤) يراجع مقال لأولمان W.ullman بعنوان [مبادئ البيئات فى القرون الوسطى]

المنشور فى مجلة القانون الفصلية سنة ١٩٤٦ ص ٧٧- ٨٧ law quarterly review

ومن هذا نستطيع أن نقرر - دون أن نبعد عن الحقيقة - أن الفقه الإسلامي أسهم في نقل مبدأ حرية إنشاء العقود إلى القوانين الأوروبية عن طريق الأندلس الإسلامية التي ساد فيها الفقه المالكي وهناك عوامل أخرى أسهمت أيضاً في معرفة القوانين الأوروبية لهذا المبدأ .

هذا ويذكر شراح القانون أن من هذه العوامل بعض مبادئ الكنيسة التي كانت سائدة في القرون الوسطى فكان التعاقد إذا أقسم على احترام عقده ولو لم يفرغه في شكل مخصوص اعتبر ملتزماً به على أساس أن الحنث في اليمين يعد خطيئة . إلا أن هذا العامل - في نظري - يضعف كثيراً عن تأثير الفقه الإسلامي الذي ساد في أوروبا طوال القرون التي عاشت فيها دولة الأندلس الإسلامية ذلك أن الكنيسة المسيحية لم يكن لديها من أحكام للمعاملات على عكس الفقه الإسلامي ذي الثراء الهائل في هذا المضمار ، وإلى جانب هذا ظهرت العوامل الاقتصادية بعد أن انتعش النشاط الاقتصادي في العصور الوسطى مما اقتضى معه إزالة الشكليات الرومانية العتيقة التي كانت تعوق المبادلات التجارية ، فكانت المحاكم التجارية الإيطالية في القرن الرابع عشر تقضي طبقاً لقواعد العدالة التي لا تميز بين العقد الشكلي وبين الارتباط العقدي البعيد عن الشكل من حيث الإلزام ، ولقد وجدت هذه المحاكم في قواعد الفقه الإسلامي خير معين لها . وإلى جانب ذلك ظهرت نظريات فلسفية وسياسية منذ القرن السابع عشر الميلادي تنادي بالحرية الفردية وتقديس إرادة الفرد فهو يستطيع أن ينشئ من العقود ما يشاء ونادي الفيلسوف الفرنسي جان جاك روسو بنظرية العقد الاجتماعي في كتابه الشهير المعروف بهذا الاسم وقد سبق روسو إلى هذه النظرية الإنجليزيان هوبس ولوك ولكن روسو زادها وضوحاً ، ويبدو أن روسو قد استفاد من نظرية عقد البيعة الإسلامية فهذه النظرية تقول : إن الحاكم أو رئيس الدولة يستمد سلطانه بناء على عقد بينه وبين الأمة ويذهب روسو إلى أن المجتمع الذي

يتكون على أساس العقد بين الحاكم والأمة سيصبح وحدة سياسية قوية البناء متناسقة الأجزاء تفيض بالحياة الكريمة وتمتلىء بالشعور النبيل ينعكس على كل فرد فيها فتصير كالجسد الواحد يألم كله لما يصيب أى فرد فيه وهذا الكلام يذكرنا^(١) بما رواه النعمان بن بشير قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم مثل الجسد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى » [متفق عليه] [رواه البخارى فى الأدب باب رحمة الناس والبهائم ، ومسلم فى البر والصلة باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم] .

ولو رجعنا إلى الإنجليزى لوك لوجدنا أنه ينقل نظريته من عقد البيعة الإسلامية فهو يرى أن العقد الاجتماعى الذى انتقل به الأفراد من حياة التخلف إلى حياة الحضارة - فرض على كل من الحاكم والمحكومين واجبات متبادلة فإذا خرج الحاكم عن حدود واجباته التى التزم بها فى عقده مع الأمة وجنح إلى الحكم المستبد ولم يرع مصلحة الجماعة فإن من حق الجماعة أن تقاوم طغيانه وتستعيد سيادتها الأصلية التى كانت قد ائتمنت عليها ذلك الحاكم وتمنحها لحاكم جديد^(٢) . ويجب أن نلاحظ هنا أن مفكرى أوروبا حينما أخذوا فكرة العقد الاجتماعى من عقد البيعة الإسلامية قد أغفلوا أمراً هاماً وهو العبودية لله تعالى ولذلك نجدهم يتكلمون عن سيادة الأمة وهذا شىء طبيعى بالنسبة لهؤلاء المفكرين والفلاسفة لأنهم اهتموا بالجانب التنظيمى دون أن يتوغلوا فى حقيقة النظم الإسلامية التى تقوم كلها على أساس التوحيد والعبودية لله وحده لا شريك له . هذا ولقد أسهمت هذه النظريات التى استفادت إلى حد كبير من أحكام الفقه الإسلامى - فى ظهور مبدأ سلطان

(١) سبقنى إلى هذه الملاحظة الدكتور حازم عبد المتعال الصعدي فى رسالة النظرية

الإسلامية فى الدولة ص ١٧٠

(٢) انظر أيضاً النظرية الإسلامية فى الدولة لحازم عبد المتعال ص ١٧٠ وما بعدها

الإرادة^(١) وحق كل فرد في إنشاء ما يشاء من العقود واستحداث ما يشاء من الشروط وتبلور هذا المبدأ في أوروبا في القرن التاسع عشر وأصبح [يشتمل^(٢) على أصليين :

● أولاً : كل الالتزامات بل كل النظم القانونية ترجع في مصدرها إلى إرادة الفرد الحرة .

● ثانياً : لا تقتصر الإرادة البشرية على أن تكون مصدراً للالتزامات بل هي أيضاً المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار فالإرادة الحرة هي التي تهيمن على جميع مصادر الالتزام وهذه الإرادة تتجلى قوية في العقد ... وليس سلطان الإرادة مقصوراً على توليد الالتزامات وحدها بل أيضاً يولد كل الحقوق الأخرى فالملكية مبنية على حرية الإرادة وحقوق الأسرة مبنية على عقد الزواج أى على الإرادة ، والميراث مبنى على وصية مفروضة^(٣) .

وهكذا تخلص القانون الوضعي من الشكليات الرومانية التي كانت تقيّد العقد وأصبح أساس العقد هو إرادة الطرفين وكما رأينا فقد استفاد الفرنجة من الفقه الإسلامي كثيراً في الوصول إلى هذه النتيجة وهي الحرية في إنشاء العقود .

٣١ - الفرق بين قاعدة الحرية في إنشاء العقود الإسلامية وبين مبدأ سلطان الإرادة القانوني المطلق :

لقد استفاد علماء الفرنجة ومفكروهم من الفقه الإسلامي في الخروج من شكليات القانون الروماني ولكنهم مع ذلك لم يتمكنوا من الوصول إلى

(١) ولكن بصورة مغايرة - ولا ريب - لقاعدة حرية العقود في الفقه الإسلامي

(٢) نقلاً عن الوسيط للسنهوري ج ١ ص ١٤٤ ، ١٤٥

(٣) نهاية النقل عن الوسيط المرجع السابق

قاعدة حرية إنشاء العقود الإسلامية ، وما كان لهم أن يصلوا إليها وهم فاقدون لأصل هذه القاعدة وهو العبودية لله رب العالمين ، ذلك أن قاعدة الحرية في إنشاء العقود في الفقه الإسلامي ليست قاعدة مطلقة وإنما هي قاعدة مقيدة بأوامر ونواهي الشريعة وحرية العاقدين في إنشاء واستحداث ما يشاءان من العقود خاضعة لسلطان الله عز وجل فهو الذي وهب الإنسان جميع الحقوق التي أرادها عز وجل وحبس عنه ما شاء من الحقوق فالله عز وجل استأثر بسلطة التشريع ومنح الإنسان سلطة الاجتهاد فيما لم يرد فيه نص قطعي الدلالة وفي حدود الأصول التي نص عليها الشارع ، فلا يجوز استحداث أى عقد جديد يتعارض مع نص عام أو خاص في الكتاب أو السنة الصحيحة ، وهذا هو الفارق الخطير بين القاعدة الإسلامية وبين مبدأ سلطان الإرادة القانوني وقد ترتب على هذا الفارق الهام أن القاعدة الإسلامية بقيت وستبقى كما هي بإذن الله إلى يوم الدين لا يعترها نقص أو خلل لأنها ليست قاعدة مطلقة وإنما هي مقيدة بقيود شرعية ترجع كلها إلى الأصل العام في الشريعة وهو العبودية لله رب العالمين فالله تعالى هو المنعم على الإنسان بالحقوق وهو مالكها الأصلي : قال تعالى : ﴿ آمنوا بالله ورسوله وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه ... ﴾ [الحديد : ٧] . فكل من المال والحق الذي يملكه الفرد إنما هو أصلاً ملك لله وقد استخلفه فيه ليرى ماذا يعمل فيه هل يحسن أم يسيء حتى يتحقق الامتحان الرباني الذي كتبه الله تعالى على البشرية شاءت أم لم تشأ فهذا قدر محتوم من رب العالمين .

ولئن كان مفكرو أوروبا قد استفادوا من الفقه الإسلامي في التخلص

من الشكليات الرومانية البالية فإنهم تصوروا - لبعدهم عن التوحيد - أن

الإنسان هو سيد الكون وأن إرادته مطلقة وأنه هو المبدع والمنشئ لكل

شيء في الحياة الدنيا وفصلوا الدين المسيحي عن الحياة لأنه مفضول أصلاً

بفعل كهنته الذين غيروا وبدلوا في كلام الله عز وجل ، وقد ترتب على

ذلك أن مبدأ سلطان الإرادة المطلق لم يعيش طويلاً واضطر أهله الى تعديله والانتقاص منه .

٣٢ - انتكاس مبدأ سلطان الإرادة المطلق :

لقد قام مبدأ سلطان الإرادة القانوني على أساس خاطيء مخالف للواقع فقد زعم أهله كذباً أن الإنسان هو سيد الكون فاصطدم هذا المبدأ المطلق الخاطيء بسنن من سنن الله عز وجل حطمت منه الكثير وقلصته تقليصاً :

وتفصيل ذلك أنه كان من نتيجة هذا المبدأ المطلق أن أصحاب رؤوس الأموال في أوروبا في القرن التاسع عشر الميلادي أبرموا عقود العمل المختلفة على أساس الحرية المطلقة للعاقده فهو يضع في العقد ما يشاء من الشروط المجحفة بالعمال وهؤلاء مضطرون إلى قبول هذه الشروط لحاجتهم الملحة إلى العمل حتى لا يموتوا هم وذووهم من الجوع وترتب على ذلك أن ساءت حالة العمال في أوروبا إلى درجة خطيرة ، فرب المال غير ملتزم بمراعاة صحة العامل فهو يجعله - بموجب العقد - يشتغل خمس عشرة ساعة في اليوم وبأجر زهيد ، ولا يعبأ بصحة العامل وما يتعرض له من مخاطر جسيمة بسبب العمل ، وإذا رفض العامل هذا الوضع فإن رب المال يفصله طبقاً للعقد في أي وقت ويشغل بدلاً منه النساء والأطفال وقد ترتب على ذلك أن عمت الاضطرابات في أوروبا منذ منتصف القرن التاسع عشر الميلادي وظهر شيطان الماركسية ينادى بالقضاء على الملكية الخاصة تماماً كرد فعل سيء للحرية المطلقة التي لا حدود لها وكان على الرأسمالية أن تختار بين أمرين إما أن تصر على مبدأ سلطان الإرادة المطلق فتلتهمها الماركسية الجديدة وإما أن تكفر بهذا المبدأ المطلق لكي تعيش وكانت الرأسمالية أذكى من الماركسية فسارعت إلى التخلص من مبدأ الحرية المطلقة الذي يعتبر مبدأ سلطان الإرادة

فرعاً منه ، وهنا نجد أن الرأسمالية قد فرّعت إلى قاعدة حكيمة سبقت إليها

الشريعة الإسلامية وهذه القاعدة هي منع التعسف في استعمال الحق وعدم الاكتفاء بمنع الاعتداء على الحق وهذه القاعدة تعتبر من أهم القيود التي ترد على مبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقود وآثارها فالشريعة الإسلامية لا تكتفى بمنع الاعتداء وإنما تمنع أيضاً صاحب الحق من استعمال حقه استعمالاً يضر بالآخرين وأصل هذا في الشريعة أن أصحاب الحقوق ليسوا بأصحاب السيادة في الأرض وإنما السيادة والحكم لله وحده وهم يستخدمون حقوقهم الممنوحة لهم من الله بشرط ألا يسيئوا استخدامها ولا يتخذوها وسيلة للإضرار بعباد الله الآخرين فلا يجوز ممارسة الحقوق المخولة عن طريق العقود وغيرها إلا بطريقة شرعية أي لا تضر بالآخرين فإذا مارس صاحب الحق حقه - دون أن يخرج عليه - بطريقة تضر بالآخرين فإنه يعتبر مسيئاً ويمنع من ذلك ويمكن تعزيره ، وقد أنزل الله تعالى هذه القاعدة الحكيمة في كتابه العزيز صريحة في استعمال الزوج لحقه في الطلاق قال تعالى : ﴿ وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكنهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكنهن ضراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه ولا تتخذوا آيات الله هزواً ﴾ [البقرة : ٢٣١] فقد كان الزوج يستخدم حق الطلاق بطريقة تضر بالمرأة فهو لا يريد لها ولكن يتعمد أن يضر بها فيطلقها ثم يراجعها قبل انتهاء فترة العدة ثم يطلقها الثانية ثم يراجعها ثانية قبل انتهاء فترة العدة ثم يطلقها الثالثة وبهذا يطول على المرأة فترة العدة بدون داع حتى يؤذيها ويمنعها من الزواج طوال تلك الفترة التي قد تصل إلى ثلاث سنوات إذا كانت المرأة تحيض مرة كل عام مثلاً . هذا وقد طبقت الشريعة ومن ورائها الفقه هذه القاعدة الحكيمة في نواحٍ شتى من الحياة فنجدها تعمل عملها في حقوق الجوار وحقوق العمال وغيرها من الحقوق .

هذا ولقد كانت الرأسمالية الغربية في الفترة التي تلت الثورة الفرنسية

منذ نهاية القرن الثامن عشر الميلادي إلى منتصف القرن التاسع عشر لا تعترف

بهذه القاعدة الحكيمة ، فلما شاعت الاضطرابات الخطيرة في أوروبا كلها بسبب الحرية المطلقة والاقتصار على منع الاعتداء على الحق فقط لم تجد الرأسمالية مفرأً من اللجوء إلى هذه القاعدة الشرعية الحكيمة وأخذت الحكومات الأوروبية تتدخل بين أرباب الأعمال والعمال عن طريق قوانين العمل وتنظيم عقد العمل الفردي ومنع أصحاب رؤوس الأموال من إساءة استخدام حقوقهم قبل العمال فالزمتهم بحد أدنى لأجور العمال وبحد أقصى لعدد ساعات العمل وأوجبت على كل صاحب عمل أن يضع نظاماً لتأمين العمال ضد المرض والعجز والشيخوخة وظهرت في القانون الوضعي ما يسمى بعقود الإذعان وهي التي يكون فيها أحد طرفي العقد أقوى بكثير^(١) من الطرف الآخر بحيث يستطيع أن يملئ شروطه كيف شاء على الطرف للضعيف والذي تضطره ظروفه إلى الإذعان للطرف الأقوى . وهكذا أصبح مبدأ سلطان الإرادة في القانون مقيداً بقيود كثيرة بعد أن كان مطلقاً في الفترة التي تلت الثورة الفرنسية كما ذكرنا .

٣٣ - مقارنة بين قاعدة حرية إنشاء العقود في الفقه الإسلامي وبين مبدأ سلطان الإرادة المقيد في القانون :

لا يحسبن أحد أن المبدأ القانوني بعد تهذيبه أصبح يماثل القاعدة الإسلامية فالفرق كبير بينهما سواء من حيث الأصل أو من حيث الموضوع . فالمبدأ القانوني بعد تهذيبه يعتبر انقلاباً خطيراً في النظام القانوني الذي كان سائداً في أوروبا وأما القاعدة الإسلامية فهي قاعدة محكمة منذ البداية بعقيدة التوحيد أي بالعبودية لله رب العالمين فمهما ورد عليها من قيود مستحدثة تحقيقاً للمصلحة الشرعية فهي ستظل كما هي لا تمثل انقلاباً في

(١) وهذا يرجع في الغالب إلى وجود احتكار قانوني أو اقتصادي يتمتع به الطرف الأقوى بالنسبة إلى سلعة أو خدمة معينة

النظام الإسلامي لأنها جاءت منذ البداية مقيدة بهذا القيد الهام وهو أن هذه الحرية في إنشاء العقد إنما هي منحة من الخالق سبحانه وتعالى ولا يجوز استخدامها إلا في تحقيق مصالح الناس فإذا تعارضت في بعض الأحيان مع مصالح الناس فيجب على ولي الأمر أن يتدخل لتقييد هذه الحرية في مظانها الضارة وذلك طبقاً للقاعدة الفقهية التي تقرر أن [تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة]^(١) والأمثلة كثيرة على هذه الأمور. ومن ذلك تقييد الحكومات الإسلامية لعقد الزواج واشتراط إفراغه في عقد رسمي يوثق أمام موظف رسمي مختص بهذه العقود ويسمى المأذون الشرعي في عدد من الدول العربية فإذا اكتفى الزوجان بإبرام العقد الشرعي بدون توثيق رسمي فإن الدعوى لا تسمع بهذا العقد أمام القضاء ووجه المصلحة الشرعية هنا واضح لأنه بعد فساد الذم وجد في حالات عديدة أن الزوج يلجأ إلى إنكار الزواج بعد أن يكون قد عاشر المرأة سنوات عديدة وأنجب منها فيتربها إلى بلد آخر وينكر الزواج وتضيع الزوجة وأولادها خصوصاً إذا كان الشهود قد ماتوا بعد هذه السنوات ، ولذلك رأى أنه من المصلحة حث الناس على توثيق عقود الزواج بهذه الطريقة . ومن هذا أيضاً ما نراه في هذه الأيام من لجوء ولي الأمر في كثير من بلاد الإسلام إلى تسعير إيجارات الدور والمباني حفظاً لضرورة هامة وهي عدم وجود المأوى للناس بعد أن غالى أصحاب الدور في رفع أسعار الإيجارات ، والأصل هنا هو عدم جواز التسعير طبقاً لبعض الأحاديث^(٢) ولكن قاعدة الضرورات تبيح المحظورات تعتبر من القواعد العامة في الشريعة الإسلامية وهي تقدر بقدرها ولذلك ذهب جمهور

(١) يراجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٣٤

(٢) فقد روى عن أنس بن مالك أن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن التسعير

رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح (في البيوع) ورواه أبو داود في الإجارة

باب التسعير .

الفقهاء من بعض الحنفية والمالكية والشافعية وبعض الحنابلة إلى جواز التسعير في حالة الغلاء باعتباره، ضرورة^(١) فالفرق - إذن - كبير بين القاعدة الإسلامية والمبدأ القانوني (لسلطان الإرادة) حتى بعد تعديله من الإطلاق إلى التقييد لأن القاعدة الإسلامية جاءت منذ البداية مقيدة بالعبودية لله وبما تفضل به الله تعالى على الناس في شريعته الخاتمة من رفع الحرج وإباحة المحظور في حالة الضرورة ، وأما المبدأ القانوني - بعد تقييده - فهو مقيد بما يراه الناس في تنظيمهم لأمر دنياهم وهم في هذا لا يعاؤون بأوامر الله ونواهيه ، لأنهم يعتبرون الإنسان هو سيد الكون ومن أجل ذلك فهم يتخبطون على مر الزمان بين النظم والنظريات المختلفة التي يعلنون في يوم ما أنها الحق الذي لا مرية فيه ، ثم يكفرون بها بعد فترة طالت أو قصرت من الزمان وما حدث أخيراً للماركسية في روسيا خير مثال على هذا التخطيط البشري ومن أجل ذلك فإن مبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقود في القوانين الوضعية معرض دائماً لأن ترد عليه قيود قانونية ما أنزل الله بها من سلطان أو تمنح الإرادة سلطة إنشاء شروط أو عقود منهي عنها شرعاً ومثال الحالة الأولى أن يمنع المسلم من الزواج بأكثر من امرأة ومثال الحالة الثانية أن يباح للمسلم أن يتفق على فوائد ربوية .



(١) ذهب الإمام مالك إلى أنه يجوز التسعير ، وفي وجه للشافعية جواز التسعير في حالة الغلاء وذهب ابن تيمية إلى أنه يجوز للإمام التسعير في حالة البائعين المختصين ببيع سلعة معينة دون سواهم كالطحانين والخبازين : المنتقى شرح الموطأ ١٩/٥ ، مواهب الجليل ٣٨٠/٤ ، ابن عابدين ٥ / ٢٥٦ الأحكام السلطانية للمواردى ٢٥٦ مجموعة فتاوى ابن تيمية ج ٩ مجلد ٢٩ ص ٢٥٤ وما بعدها

الباب الثاني

أركان العقد^(١)

(١) الركن في اللغة هو الجانب القوي الذي يمسكه وهو عند جمهور الفقهاء ما لا بد منه لتصور العقد ووجوده سواء أكان جزءاً من ماهيته أم خارجاً عنها وعلى هذا فأركان العقد عند الجمهور (ما عدا الحنفية) هي العاقد ومحل العقد وصيغة العقد وأما عند الحنفية فركن العقد هو ما كان جزءاً من ماهية الشيء فقط فالركن عندهم هو صيغة العقد التي تتكون من الإيجاب والقبول أو الإيجاب وحده إذا كان العقد بالإرادة المنفردة

□ الفصل الأول □

الركن الأول صيغة العقد

○ المبحث الأول ○

الصيغة في الفقه الإسلامي

* المطلب الأول *

الإيجاب والقبول وطرق التعبير عنهما

٣٤ - التعريف بالإيجاب والقبول :

إذا كان العقد بإرادتين فإن صيغته تتكون من طلب يتقدم به أحد الطرفين يشتمل على بيان العقد بكافة مشتملاته وشروطه ويقترن هذا الطلب برد من الطرف الثاني بقبول هذا الطلب دون أي تعديل . ويطلق على الطلب إصطلاح الإيجاب وعلى الرد اصطلاح القبول .

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة فذهب الحنفية^(١) إلى أن الإيجاب : هو ما صدر أولاً من العاقد أياً كان . والقبول : هو ما صدر من العاقد الآخر أياً كان .

ويرى الجمهور^(٢) (من المالكية والشافعية والحنابلة) أن الإيجاب : هو ما صدر من المملك كالبائع والمؤجر والزوجة سواء صدر أولاً أو ثانياً .

(١) فتح القدير للكمال بن الهمام ٣ / ٣٤٤

(٢) المجموع للنووي ٧ / ١٦٥ ، المغنى لابن قدامة ٣ / ٥٦١

وأن القبول : هو ما صدر من الممّلك كالمشترى والمستأجر والزوج سواء صدر أولاً أو ثانياً .

وفي رأبي أن مذهب الحنفية في هذه المسألة أدق وأصح من مذهب الجمهور لأن الجمهور بنى رأبه على أساس أن موضع التملك ينصب على العين ، فالممّلك هو البائع والمؤجر والزوجة وهذا قول غير دقيق لا يستقيم مع ما يُقرُّ به جميع الفقهاء من أن المشتري يملك الثمن ويتملك المبيع والمستأجر يملك الأجرة ويتملك العين المؤجرة والزوج يملك المهر ويتملك البضع وهكذا فكل من هؤلاء جميعاً مملك ومتملك ومن ثم فإن ما يصدر أولاً يكون الإيجاب دائماً ، وما يصدر ثانياً يكون القبول دائماً ولا معنى لهذه التفرقة بين البائع والمشتري « ونظائرهما في سائر العقود » ما دمنا نسلم بأن كلا منهما مملك ومتملك في الحقيقة ولذلك فإن رأبي الحنفية في هذه المسألة هو الأصح في نظري .

هذا وقد ترتب على هذه التفرقة بعض الآثار الهامة كما في حالة الحق في الحبس فقد ذهب الحنفية (وانضم إليهم المالكية) إلى أن الحق في الحبس سواء بالنسبة للبائع والمشتري فللبائع أن يحبس المبيع حتى يسلم المشتري الثمن وللمشتري مثل ذلك . وذهب الجنبلة^(١) والشافعية في قول أن البائع يجبر على تسليم المبيع أولاً فهو المملك ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن فهو المملك وهذا غير صحيح لأن كلا من البائع والمشتري مملك ومتملك . ولذلك نرى أن رأبي الحنفية هو الأدق والأصح في مسألة تحديد الإيجاب والقبول . وإذا كان العقد بالإرادة المنفردة فلا يوجد قبول وتكون صيغة العقد من عبارة العاقد الوحيد الذي يعلن التزامه قبل شخص معين أو غير معين بمضمون العقد الذي أنشأه .

(١) المغنى لابن قدامة ٤ / ٢١٩

٣٥ - طرق التعبير عن الإيجاب والقبول :

تختلف طرق التعبير عن الإيجاب والقبول فقد يكون التعبير بالألفاظ (شفاهة أو كتابة أو بهما معا) وقد يكون بالإشارة وقد يكون عن طريق تبادل الرسائل بين الغائبين وقد يتم العقد بالتعاطى .

٣٦ - التعاقد بالألفاظ :

ويقصد به أن يتلفظ كل من العاقدين (أو العاقد الوحيد) بالألفاظ التى تفيد الإيجاب فالقبول . وذهب فريق من الفقهاء - وهم أهل الظاهر^(١) وفى روايه عن الإمام أحمد^(٢) إلى أن ألفاظ العقود محصورة فيما ورد به الشرع فقط واستندوا إلى أن الأسماء كلها توقيف من الله تعالى ، وبالإضافة إلى ذلك بالنسبة لأهل الظاهر فإنهم يرفضون القياس .

وذهب فريق ثان من الفقهاء - وهم الشافعية^(٣) وجمهور الحنابلة^(٤) إلى جواز انعقاد البيع ونحوه من العقود المالية بكل لفظ يدل على المقصود دلالة واضحة ، وأما عقد النكاح فلا يجوز إلا بالألفاظ الواردة فى الشرع وهى لفظا النكاح والزواج وما يشتق منهما لمن يفهم العربية ، وأما من لا يفهمها فيصح منه الزواج بالعبارة التى تؤدى إلى معناه . واستندوا إلى أن عقد النكاح له خطورته وفيه معنى التعبد بإحصان الفرج وتكثير المسلمين وأنه لم يرد فى القرآن الكريم إلا هذان اللفظان (النكاح والزواج) .

(١) المحلى لابن حزم ٨ / ٣٥٠

(٢) الإنصاف للمرداوى ٤ / ٢٦٤

(٣) نهاية المحتاج ٦ / ٢١١ - معنى المحتاج ٢ / ٥ ، ٣ / ١٣١ - ١٤٠

(٤) شرح منتهى الإرادات ٣ / ١١ ، كشف القناع ٣ / ١٤٦ ، ٥ / ٣٧

وذهب فريق ثالث - وهم الحنفية^(١) والمالكية^(٢) إلى أن العقود بصفة عامه تم بكل لفظ يدل عليها وهذا الرأي هو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية^(٣) وابن القيم^(٤) واستند هذا الفريق إلى أن الله عز وجل اكتفى بالتراضى في العقود المالية : قال تعالى : ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم﴾ [النساء : ٢٩] واكتفى بطيب النفس في التبرعات : قال تعالى : ﴿فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً﴾ [النساء : ٤] واستندوا أيضاً إلى أن العبادات الأصل فيها الحظر والتوقيف فلا يشرع منها إلا ما شرعه الله تعالى ، وأما المعاملات فالأصل فيها الإباحة إلا ما حرم بنص . واستندوا أيضاً إلى أن من تتبع ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة من أنواع المبيعات والتبرعات علم بالضرورة أنهم لم يكونوا يلتزمون صيغة معينة من الطرفين ، وأما بالنسبة إلى عقد الزواج فقد استندوا إلى أن :^(٥) [نكاح رسول الله صلى الله عليه وسلم انعقد بلفظ الهبة فينعقد به نكاح أمته ، ودلالة الوصف قوله تعالى : ﴿وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستكحها خالصة لك﴾ معطوفاً على قوله تعالى : ﴿يا أيها النبي إنا أحللنا لك أزواجك...﴾ أخبر تعالى أن المرأة المؤمنة التي وهبت نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم عند استنكاحه إياها حلال له ، وما كان مشروعاً في حق النبي صلى الله عليه وسلم يكون مشروعاً في حق أمته حتى يقوم دليل الخصوص فإن قيل قد قام دليل الخصوص هنا وهو قوله تعالى : ﴿خالصة لك من دون المؤمنين﴾

(١) البدائع للكاساني ٢ / ٢٢٩

(٢) حاشية الدسوقي ٢ / ٢٢١ ، ٣ / ٣

(٣) القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية ص ١٠٥

(٤) إعلام الموقعين ١ / ٢١٨

(٥) نقلاً عن بدائع الصنائع للكاساني ٢ / ٢٣٠

فالجواب أن المراد منه خالصة لك من دون المؤمنين بغير أجر فالخلوص يرجع إلى الأجر لا إلى لفظ الهبة^(١) هذا وقد ورد في السنة الصحيحة استعمال لفظ التملك للدلالة على النكاح في قوله عليه الصلاة والسلام مخاطب يحفظ القرآن الكريم : « اذهب فقد ملكتها بما معك من القرآن »^(٢).

وبالنسبة إلى تقدير هذه الآراء الثلاثة في هذه المسألة فإن الرأي الثالث - في نظري - هو الأصح لقوة الأدلة التي استند إليها أصحاب هذا الفريق ، وأما قول الفريق الأول أن الأسماء كلها توقيف من الله تعالى فهذا قول لا دليل عليه فالناس يتعارفون على أسماء جديدة في كل عصر ومن المعروف أن الأسماء اللغوية تنقسم إلى وضعية وعرفية ، فالحقيقة الوضعية : هي اللفظ المستعمل فيما وضع له أولاً في اللغة كالأسد مثلاً ، والحقيقة العرفية : فهو اللفظ المستعمل فيما وضع له بعرف الاستعمال اللغوي وهما قسمان :

● الأول : أن يكون الاسم قد وضع لمعنى عام يخصص بعرف استعمال أهل اللغة ببعض مسمياته كاختصاص لفظ الدابة بذوات الأربع عرفاً وإن كان في أصل اللغة لكل ما دب على الأرض .

الثاني : أن يكون الاسم في أصل اللغة بمعنى ثم يشتهر في عرف الاستعمال بالمجاز الخارج عن الوضع اللغوي بحيث يصبح حقيقة عرفية فلا يفهم منه إلا هذه الحقيقة عند إطلاقه مثل لفظ الغائط فهو بحسب الوضع اللغوي يطلق على الموضع المظلم من الأرض ، ولكن بعرفه اللغوي أصبح عند إطلاقه لا يفهم منه إلا الخارج المستقدر من الإنسان^(٣) وأما الحقيقة الشرعية فهي استعمال الاسم الشرعي فيما كان موضوعاً له أولاً في الشرع

(١) انتهى النقل عن البدائع ٢ / ٢٣٠

(٢) رواه مسلم في كتاب النكاح

(٣) منقول بتصريف قليل عن الإحكام للآمدي ١ / ٢١ وما بعدها

سواء أكان الاسم الشرعي ومدلوله غير معروفين كالصاخة عند أهل اللغة أم معروفين إلا أنهم لم يضعوا ذلك الاسم لذلك المعنى كالقارعة أو عرفوا المعنى ولم يعرفوا الاسم أو عرفوا الاسم ولم يعرفوا ذلك المعنى كاسم الصلاة والحج والزكاة ونحوه^(١).

وبالنسبة لاستخدام المتعاقدين للأسماء التي تدل على العقد المراد إبرامه فإن العبرة هنا بعرف الاستعمال لأن المطلوب هنا هو أن تعتقد إرادة المتعاقدين على المعنى المقصود ولا يهم هنا اللفظ المستخدم ما دام في عرف استعمالهم يقصد منه العقد المطلوب إبرامه فالحقيقة العرفية تنفي قول الفريق الأول أن الأسماء كلها توقيفيه من الله تعالى لأن هذه الأسماء المستخدمة إنما هي في دائرة المعاملات وليست في دائرة العبادات، وأما استثناء الفريق الثاني لعقد الزواج لأن فيه معنى التعبد فهو استدلال ضعيف لأن الزواج لا يعتبر عبادة بالمعنى الخاص وإنما هو يستوى مع سائر عقود المعاملات والمباحات في أنه يعتبر عبادة بالمعنى العام إذا صحح العاقد نيته وابتغى به وجه الله ويؤكد ذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم استخدم في عقد الزواج لفظ التملك وهو لم يرد في الكتاب ولذلك فإني أرى أن الرأي الصحيح هو رأى الفريق الثالث والله تعالى أعلم بالصواب.

٣٧ - صيغ الإيجاب والقبول المختلفة :

يعرض هنا أمر هام وهو مدى جواز استخدام جميع صيغ الإيجاب والقبول من حيث الزمان : وهذه الصيغ هي : المضارع والماضي والحاضر وما يدخل فيه من أمر واستفهام ، وما يلحق بذلك كله من صيغة اسم الفاعل والمنادى ، واللفظ الصريح والكناية .

(١) نقلا عن الأمدى المرجع السابق / ١ / ٢١ وما بعدها

٣٨ - صيغة الماضي :

اتفق الفقهاء على صحة التعاقد بلفظ الفعل الماضي من غير توقف على نية أو قرينة لأن هذه الصيغة تفيد الرضا قطعاً^(١) وهذه صيغة تكفي لإبرام العقد سواء أتقدم الإيجاب على القبول أم حصل العكس ، وهذا عند جمهور الفقهاء من غير الحنفية الذين يذهبون إلى أن الإيجاب هو ما يصدر من المملك والقبول هو ما يصدر من المتملك ، وأما عند الحنفية فهو من باب أولى يعتبر صحيحاً لأن الإيجاب هو ما صدر أولاً والقبول ما صدر ثانياً .

٣٩ - صيغة المضارع :

اختلف الفقهاء في حكم التعاقد بصيغة المضارع لأن بعضهم اعتبرها تحتمل الحال والاستقبال^(٢) ومن ثم لا بد من قرينة تظهر نية إنشاء العقد في الحال عند هؤلاء .

وقد ذهب بعض الحنفية^(٣) إلى عدم صحة التعاقد بصيغة المضارع ولو مع النية وإلى هذا ذهب الحنابلة^(٤) فنصوا على أنه إذا كان القبول بصيغة المضارع فلا يصح التعاقد به : جاء في كشف القناع : [لو قال البائع بعتك هذا بكذا فقال المشتري - وهو القابل عند الجمهور ما عدا الحنفية - أنا آخذه بذلك لم يصح أى لم ينعقد البيع لأن ذلك وعد بأخذه]^(٥) .

(١) بدائع الصنائع ٥ / ١٣٣ وما بعدها - حاشية الدسوقي ٣ / ٣ وما بعدها - مغنى

المحتاج ٢ / ٥ وما بعدها - المغنى لابن قدامة ٣ / ٥٦١ وما بعدها .

(٢) وهذا هو الراجح عند النحاه : أنظر معجم القواعد العربية في النحو والصرف

لعبد الغنى الدقر ٤٣٣

(٣) الهداية للمرغيناني ٦ / ٢٤٩ والعناية شرح الهداية ٦ / ٢٤٩

(٤) كشف القناع للبهوتي ٣ / ١٤٧

(٥) كشف القناع ٣ / ١٤٧

وذهب جمهور الحنفية^(١) والشافعية^(٢) إلى صحة التعاقد بالفعل المضارع مع النية فالمضارع عند هؤلاء يعتبر من ألفاظ الكناية التي تصححها النية .
وذهب المالكية^(٣) إلى صحة التعاقد بالفعل المضارع من غير اشتراط النية فلو ادعى أنه لم ينو بالمضارع العقد ولم يرض به فلا يقبل قوله إلا أن يحلف وهذا هو الفرق عند المالكية بين المضارع والماضي لأنه في حالة الماضي لا يقبل منه نفي العقد حتى لو حلف وإذا اقترن المضارع بالسين أو سوف فلا خلاف بين الفقهاء في أن العقد لا ينعقد به^(٤) ويرى ابن تيمية أنه يستثنى من هذا المنع أن توجد قرينة على إرادة العقد بالسين أو يتعارف الناس على ذلك لأن العقود تنعقد عنده بكل ما عده الناس عقداً^(٥) .

٤٠ - صيغة الأمر :

الأمر هو فعل الطلب ، وقد اختلف الفقهاء في انعقاد العقد به ، فذهب الحنفية^(٦) إلى عدم جواز التعاقد بصيغة الأمر إلا في عقد النكاح فهو ينعقد استحساناً عندهم - بلفظين يعبر عن أحدهما بالاستقبال (كالأمر) وبالأخر عن الماضي ويستندون في هذا إلى قصة الواهبة نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم فيها : « فقام رجل من أصحابه فقال : يا رسول الله إن لم يكن لك بها حاجة فزوجنيها ... فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : « اذهب فقد ملكتها بما معك من قرآن »^(٧) فالرجل استعمل صيغة الطلب

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١٣٣ / ٥

(٢) نهاية المحتاج للرملي ٣٨٧ / ٣

(٣) الشرح الكبير للدردير ٤ / ٣ ، مواهب الجليل للحطاب ٢٣٢ / ٤

(٤) شرح فتح القدير للكمال ٢٥١ / ٦

(٥) القواعد النورانية لابن تيمية ١٠٥ (٦) البدائع ١٣٣ / ٥

(٧) رواه البخاري في كتاب النكاح ورواه مسلم في كتاب النكاح

(كالأمر) والرسول صلى الله عليه وسلم رد مستعملاً بصيغة الماضي .
 وذهب المالكية^(١) ، والشافعية^(٢) في القول الظاهر عندهم ، والحنابلة
 في رواية^(٣) إلى جواز التعاقد بصيغة الأمر في جميع العقود بما في ذلك عقد
 النكاح سواء أتقدم الإيجاب على القبول أم العكس ويستند هذا الرأي إلى
 ما استند إليه الحنفية - من حديث الواهبة نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم
 وما ورد في الحديث من استعمال صيغة الأمر في زواج الصحابي منها^(٤) .
 هذا وقد حصل خلاف في النقل عن الإمام مالك في مسألة نفى
 التعاقد بصيغة الأمر بالحلف فقد ورد في المدونة أن المتعاقد (بصيغة الأمر)
 إن جلف قبل قوله وإلّا لزم ، وورد في غير المدونه (وهو اختيار خليل)
 من قول مالك وابن القاسم أن هذا لا يصح والأرجح هو ما في المدونة طبقاً
 لأصول المالكية^(٥) وذهب الحنابلة في رواية ثانية^(٦) والشافعية^(٧) في قول
 مرجوح إلى أن العقد يصح في حالة تقدم الإيجاب (من البائع) على القبول
 (من المشتري) .

وذهب الشافعية في قول ثالث^(٨) بعدم الصحة مطلقاً وهذا الرأي
 يتفق مع بعض الروايات في المذهب الحنبلي^(٩) أيضاً .

(١) حاشية الدسوقي ٣/٣ ومواهب الجليل ٢٢٩/٤

(٢) نهاية المحتاج للرملي وقد جاء به [لو قال بعني أو اشتر مني هذا بكذا فقال

بعتك أو اشتريت انعقد البيع على الأظهر لدلالة ذلك على الرضا] ٣٧٨/٣

(٣) كشف القناع للبهوتي ١٤٧/٣ الإنصاف للمرداوي ١٦٣/٤

(٤) مغنى المحتاج للشرييني ١٤١/٣ ، ونهاية المحتاج للرملي ٢١٣/٦

(٥) لأن المعمول به عند المالكية هو أن قول ابن القاسم في المدونة مقدم على قوله

وقول غيره في غيرها [يراجع حاشية الدسوقي ٣/٣ ، ٤]

(٦) كشف القناع للبهوتي ١٤٧/٣ (٧) روضة الطالبين للنووي ٣٣٧/٣

(٨) روضة الطالبين للنووي ٣٣٧/٣

(٩) كشف القناع للبهوتي ١٤٧/٣ ، الإنصاف للمرداوي ١٦٣/٤

هذا وفي نظري أن الرأي الذي يقول بصحة التعاقد بصيغة الأمر (سواء في الإيجاب أو القبول) هو الصحيح لقوة أدلة هذا الرأي وأضيف إلى هذه الأدلة ما ورد في حديث بيع جمل جابر بن عبد الله للنبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لجابر : (بعنيه بأوقية)^(١) . وروى عن جابر أيضاً في الصحيح أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لجابر بعد أن نقده ثمن الجمل : « خذ جملك ولك ثمنه » فهذه هبة بصيغة الأمر .

٤١ - صيغة الاستفهام :

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) إلى عدم صحة التعاقد بصيغة الاستفهام . واستثنى الحنفية^(٥) والحنابلة^(٦) عقد النكاح فأجازوه إذا وجدت قرينة على إرادة النكاح وذهب المالكية - في الراجح عندهم - إلى أن صيغة الاستفهام صالحة للتعاقد بها - كمسألة السوم أو التسوق عندهم - ولا يقبل قول مدعى عدم العقد إلا أن يحلف .

وفي نظري أن الرأي الأصح هنا هو الرأي الذي يجيز التعاقد بصيغة الاستفهام إذا وجدت قرينة تدل على العزم على العقد ، والعرف قرينة قوية ، ومما يلاحظ هنا أن الحنفية أجازوا صيغة الاستفهام في النكاح استحساناً لورود النص بها وفي هذا يقول الكاساني : [وهذا لا ينعقد بلفظ الاستفهام لكون الاستفهام سؤال الإيجاب ، والقبول لا يعتبر إيجاباً وقبولاً كذا هذا

(١) متفق عليه : البخاري مع شرح فتح الباري لابن حجر ٣١٤/٥ ، ومسلم في

كتاب الرضاع ١٠٨٩/٢

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ١٣٤/٥

(٣) نهاية المتحاج ٣٧٨/٣

(٤) كشف القناع ١٤٧/٢

(٥) شرح فتح القدير ١٩٣/٣

(٦) كشف القناع ٣٨/٥

وهذا هو القياس في النكاح إلا أننا استحسنناه في النكاح بنص خاص وهو ما روى أبو يوسف أن بلالاً خطب إلى قوم من الأنصار فأبوا أن يزوجه فقال : لولا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرني أن أخطب إليكم لم أخطب فقالوا له : أملكك ؟ ولم ينقل أن بلالاً رضى الله عنه قال : قبلت . فتركنا القياس بالنص ولا نص في البيع فوجب العمل بالقياس ولأن هذه الصيغة مساومة حقيقة فلا تكون إيجاباً وقبولاً حقيقة بل هي طلب الإيجاب والقبول فلا بد للإيجاب والقبول من لفظ آخر يدل عليها ولا يمكن حمل هذه الصيغة على المساومة في باب النكاح لأن المساومة لا توجد في النكاح عادة فحملت على الإيجاب والقبول على أن الضرورة توجب أن يكون قول القائل زوج ابتك مني (صيغة بالأمر) شطر العقد فلو لم تجعل شطر العقد لتضرر به الولي لجواز أن يزوج ولا يقبل المخاطب فيلحقه الشين فجعلت شرطاً لضرورة دفع الضرر عن الأولياء وهذا المعنى في باب البيع منعدم فبقيت سؤالاً فلا يتم به الركن ما لم يوجد الشطر الآخر ^(١) .

فالحنفية هنا يجمعون بين صيغة الأمر وصيغة الاستفهام في جوازهما (إيجاباً) في عقد النكاح ويستدلون لصحة رأيهم بورود النص وبمنع الضرر عن ولي المرأة كما هو واضح من كلام الكاساني السابق . وفي رأيي أنه يؤخذ على كلام الحنفية في هذه المسألة أنه إذا كان قد ورد النص بصحة صيغة الاستفهام (والأمر) في عقد النكاح فإن صحة هذا في عقد البيع أولى لخطورة عقد النكاح ولأن عقد البيع يشتمل على خيار المجلس فلا خطر من انعقاد العقد بالاستفهام (إيجاب) إذا احتوى هذا الاستفهام على جميع شروط العقد كأن يقول له : هل تبغى سيارتك هذه (وهي حاضرة) بمبلغ كذا ، هذا ويلاحظ هنا أن الحنفية لا يعترفون بخيار المجلس في البيوع وفسروا حديث : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » على أنه إذا أوجب أحد المتعاقدين

(١) نقلاً عن البدائع للكاساني ١٣٤/٥

البيع فالآخر بالخيار إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رده ما دام لم يصدر من صاحب الإيجاب ما يدل على تغير إرادته في المجلس^(١) ، أي أن صاحب الإيجاب يستطيع الرجوع عن إيجابه ما دام المجلس لم ينفذ ولم يصدر قبول من الطرف الآخر ويبدو لي أنهم لهذا السبب (وهو عدم اعترافهم بخيار المجلس) لم يجيزوا صيغة الاستفهام في البيوع رغم أنهم أجازوها في النكاح وهو أخطر من البيوع فكان من المتعين عليهم أن يجيزوها (هي والأمر) في البيوع لولا أنهم لا يعترفون بخيار المجلس ولكن يلاحظ هنا أن عدم اعترافهم بخيار المجلس هو خطأ واضح في حد ذاته لأنه معارض لصريح النص الصحيح وقد تأولوا النص تأولاً بعيداً لا أساس له ولذلك فإن رأيهم في خيار المجلس لا يصلح مستنداً لهم^(٢) لعدم إجازتهم لصيغة الاستفهام في البيوع مع إجازتهم لها في النكاح على خطره .

٤٢ - صيغة اسم الفاعل والمنادى :

يذهب جمهور الفقهاء إلى جواز استعمال صيغة اسم الفاعل وكذلك صيغة المنادى في بعض أنواع العقود على الأقل فقد جاء في حاشية ابن عابدين ما يأتي : [ولو قال باسم الفاعل كجئتك خاطباً ابتك فقال الأب : زوجتك فالنكاح لازم وليس للخاطب ألا يقبل لعدم جريان المساومة فيه]^(٣) . وجاء أيضاً في الحاشية : [في التارخانية قال لامرأة بمحضر من الرجال : يا عروسي قالت : لبيك فنكاحها تم قال القاضي بديع الدين ، إنه خلاف ظاهر الرواية]^(٤) وقوله لعدم جريان المساومة فيه (أي النكاح)

(١) الهداية ١٧/٣

(٢) وهم لم يستندوا إليه في الحقيقة وإنما هو على سبيل الافتراض فقط . الجديد

(٣) حاشية ابن عابدين ١٢/٣

(٤) حاشية ابن عابدين ١٢/٣ ويلاحظ هنا أن الخطاب توجه من الخاطب إلى المرأة

مباشرة وصح لأن الحنفية يجيزون النكاح بغير ولي مخالفين الجمهور في هذه المسألة .

يعنى أن صيغة اسم الفاعل لا تصلح في البيوع لجريان المساومة فيه^(١) ويخرج على قولهم هذا أنه لو جرى العرف على استعمال صيغة اسم الفاعل بدون مساومة في البيوع فإن هذه الصيغة يمكن أن تصح فيها وكلام المالكية يدل على جواز العقود بأى لفظ بصفة عامة وهم أوسع من غيرهم في هذا الأمر : جاء في التاج والإكليل ما يأتي : [وكل لفظ أو إشارة فهم منه الإيجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود]^(٢) وجاء بحاشية الدسوقي ما يأتي : [باب ينعقد البيع بما يدل على الرضا ... (قوله بما يدل) أى عرفاً سواء دل على الرضا لغة أو لا فالأول كبتت واشترت والثاني كالكتابة والإشارة والمعاطاة]^(٣) فهم يعممون في الأقوال (أى الألفاظ) كل ما دل على الرضا لغة فهو كاف وحده بدون عرف فإذا وجد عرف يدل على الرضا فهو مصحح للتعاقد كما هو ظاهر من كلامهم . واسم الفاعل هو من الأسماء التى تعمل عمل الفعل فهى تؤدى المقصود نفسه من الفعل^(٤) ولذلك نجد أن الشافعية وهم من المضيقيين في هذا الأمر يميزونه فقد جاء في حاشية عميرة عن الألفاظ التى يصح التعاقد بها : [المشتقات كبائع ومبيع قياساً على طالق ومطلق لأن اللفظ إنما اعتبر ليدل على الرضا ولم يتعبد به]^(٥) .
وأما ابن تيمية فهو المجلى في هذا المضمار ويقول : [كل ما عده الناس بيعاً أو هبة من قول أو فعل انعقد به البيع والهبة]^(٦) .

(١) صرح بذلك في الحاشية : حاشية ابن عابدين ١٢/٣

(٢) التاج والإكليل شرح مختصر خليل للمواق بهامش مواهب الجليل ٢٢٨/٤

(٣) حاشية الدسوقي على شرح الكبير للدردير ٢/٣ ، ٣

(٤) أنظر شذور الذهب لابن هشام الأنصارى ص ٣٨١

(٥) حاشية عميرة ١٥٢/٢ وما بعدها ، والمهذب للشيرازى ٨٢/٢

(٦) الاختيارات الفقهية لابن تيمية ص ١٢١

٤٣ - الصريح والكناية :

اللفظ الصريح هو كل لفظ مكشوف المعنى والمراد ، حقيقة كان أو مجازاً^(١) والكناية بخلاف ذلك وهو ما يكون المراد منه مستوراً إلى أن يتبين بالدليل فالصريح هو ما يكون مفهوم المعنى بنفسه والكناية هو ما يكون متردداً لمعنى في نفسه^(٢) ومثال الكناية في البيع أن يقول البائع : « هو لك » أو « بارك الله لك فيه » ومثال الكناية في النكاح أن يقول لزوجته : (ارجعى إلى أهلك) .

وحكم الصريح أنه يتم به العقد دون الاعتداد بالنية ولا يمكن للمتعاقد أن يخلف على غيره ، وحكم الكناية أن اللفظ لا يصح إلا بالنية والنية أمر خفى ولكن يستدل عليه بالقرائن من دلائل الحال وغيرها وهذا ما دلت عليه السنة الصحيحة كما ورد في حديث جابر بن عبد الله عندما قال له النبي صلى الله عليه وسلم « بعنى جملك هذا » قال : قلت : لا بل هو لك ، قال : « لا بل بعينه » قال : قلت : لا بل هو لك يا رسول الله قال : « لا بل بعينه » قال : قلت فإن لرجل على أوقية ذهب فهو لك بها قال : « قد أخذته »^(٣) ففي قول جابر في الأولى والثانية (لا بل هو لك) كناية عن الهبة ويستدل على ذلك بأنه نفى البيع وأصر على نقل ملكية الجمل للنبي صلى الله عليه وسلم وأما قوله في الثالثة (فهو لك بها) فهو كناية عن البيع لأنه قبل بالعوض ، فاللفظ الواحد إذا كان كناية يتغير معناه بتغير ظروف الحال .

(١) أصول السرخسى ١/١٨٧، ١٨٨ - الأشباه للسيوطى ص ٣١٨

(٢) أصول السرخسى ١/١٨٧، ١٨٨ - الأشباه للسيوطى ص ٣١٨

(٣) رواه البخارى في باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة.

ويذهب جمهور الفقهاء^(١) إلى أن الحكم لا يثبت بألفاظ الكناية إلا بالنية أو ما يقوم مقامها من دلائل الحال ، ولكن من الفقهاء من يمنع الكناية في النكاح قطعاً نحو : أحللتك ابنتي وإن نوى بها النكاح وتوافرت القرائن على ذلك وعللوه : بأنه لا اطلاع للشهود على النية ومن هؤلاء الشافعية^(٢).

٤٤ - تفسير ألفاظ العقد : اختلاف الفقهاء بين الاعتبار بالمعاني

وبين الاعتبار بالمباني :

اختلف الفقهاء حول تفسير ألفاظ العقد فمنهم من جعل العبرة بالمعاني لا بالمباني أي الألفاظ ومنهم من غلب ظاهر اللفظ على المعنى المقصود من سياقه ، فإذا قال اشتريت منك ثوباً صفته كذا بهذه الدراهم فقال بعثك فهو ينعقد بيعاً اعتباراً باللفظ ورجح السبكي من الشافعية أنه ينعقد سلماً اعتباراً بالمعنى وإذا وهب بشرط الثواب فهل يكون بيعاً اعتباراً بالمعنى أو هبة اعتباراً باللفظ والأصح الأول عند الشافعية^(٣).

وصرح فقهاء الحنفية في بعض المواضع بأن الاعتبار للمعنى لا للألفاظ^(٤) فالكفالة بشرط براءة الأصل تعتبر عند الحنفية حوالة تغليباً للمعنى على المبني ، وإن كانت بشرط عدم البراءة فهي كفالة ، ولو وهب لمن عليه دين له كان إبراء فلا يتوقف على القبول ومن فروع هذه القاعدة عندهم أن الإجارة تنعقد بلفظ الهبة والتملك ولفظ الصلح عن المنافع ولفظ العارية ، ولو شرط رب المال للمضارب كل الربح كان المال قرضاً ولو شرط

(١) أصول السرخسي ١/١٨٨ ، كشف القناع ٣/١٤٧ ، ٥/٢٥١ مغنى المحتاج

٥/٢ الأشباه والنظائر للسيوطي ١١

(٢) نهاية المحتاج للرملي ٦/٢١٢

(٣) يراجع في هذا الأشباه والنظائر للسيوطي

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم .

الربح لرب المال كان بضاعة وقد صرح بهذا الحنابلة^(١) والحنفية^(٢) وهو تطبيق لقاعدة الاعتبار للمعاني لا للألفاظ والمباني ولكنهم استثنوا من هذه القاعدة مسائل منها : لا تنعقد الهبة بالبيع بلا ثمن ولا العارية بالإجارة بلا أجره ولا البيع بلفظ النكاح والتزويج .

وأما هبة الثواب إذا كان الثواب معلوماً فقد أجرى عليها الحنفية حكم البيع في ضمان الدرك وثبوت الخيار والشفعة وهذا هو رأى الحنابلة أيضاً في رواية عن أحمد وفي رواية أخرى أنها لا تأخذ حكم البيع ولا تثبت فيها أحكام البيع^(٣) ، ويذهب المالكية إلى أن هبة الثواب المعين تكون لازمة كالبيع^(٤) أى أنهم طبقوا عليها أحكام البيع وهذا تغليب للمعاني على الألفاظ والذي نستخلصه من مسلك الفقهاء بصفة عامة أنهم يغلبون المعاني على الألفاظ في بعض العقود على خلاف بينهم في بعض التفصيلات .

٤٥ - الفرق بين اعتبار ألفاظ الكناية وبين قاعدة الاعتبار للمعاني لا للألفاظ :

قاعدة الاعتبار للمعاني لا للألفاظ أعم وأشمل - في نظري - من قاعدة اعتبار ألفاظ الكناية ، فالكناية نوع من الاعتبار للمعاني ، ولكن توجد حالات لا يكون اللفظ فيها كناية ومع ذلك فهو غامض بالنسبة إلى المعنى المقصود فيحاول المفسر (القاضى وغيره) أن يتعرف على المعنى المقصود من مجموع ألفاظ العبارة فيصل إلى نتيجة قطعية لا تحتمل التأويل ولا نكون أمام حالة من حالات الكناية لأن ألفاظ الكناية بالنسبة إلى كل عقد تعتبر

(١) المغنى لابن قدامة ٣٥/٥

(٢) الأشباه لابن نجيم ٢٠٧ ، ٢٠٨

(٣) المغنى لابن قدامة ٦٨٥/٥

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للمرددري ١١٦/٤

محدودة ، ومن ثم فإنه لا يحتاج في هذه الحالة إلا يمين المتعاقد كما أنه إذا أنكر المعنى المستفاد فلا يُجديه هذا الإنكار بل يلزمه العقد المستفاد من المعنى المغاير للفظ عن طريق تحوُّل العقد أى أنه إذا كان العقد باطلاً بسبب المعنى المستفاد من عبارته وكان هذا المعنى يتوافر فيه شروط عقد آخر فهذا يدل على أن نية المتعاقدين قد التزمت بهذا العقد الآخر وفي هذا يقول السيوطي : [إذا قال ضمنت مالك على فلان بشرط أنه برىء ففى قول أنه ضمان فاسد نظراً إلى اللفظ وفي قول حوالة بلفظ الضمان نظراً إلى المعنى]^(١) فتحوُّل العقد من ضمان فاسد إلى حوالة صحيحة . ومن هذا أيضاً ما ذكره الشافعي في الأم^(٢) أن الابنة الثيب أو البكر البالغ إذا رضيت قبل النكاح أن ينكحها بألفين على أن يعطى أباهما أو أخاها من المهر ألفاً كان النكاح جائزاً ويعتبر هذا توكيلاً منها لأبيها بالألفين التي أمرت بدفعها إليه وكانت الألفان لها ، ولها الخيار في أن تعطى أباهما أو أخاها أو لا تعطيهما وكذلك الحال عند الشافعي لو أن رجلاً باع عبداً بألف واشترط على المشتري أن يعطى خمسمائة منها لآخر فإن هذا يعتبر عند الشافعي وكالة أو إحالة فهذه الصور هي في الحقيقة اشتراط نفع لأجنبي عن العقد « أو الاشتراط لمصلحة الغير في الاصطلاح القانوني » وهو باطل عند الشافعي بناء على قاعدته في الأصل في العقود والشروط ولكن الإمام الشافعي صحَّح التصرف على أساس اعتباره وكالة أو إحالة وهذا التصحيح تم عن طريق تغيير التكييف الفقهي للعقد بتحويله من الصورة الباطلة إلى الصورة الصحيحة عند الفقيه فقد حول الاشتراط لمنفعة الأجنبي إلى وكالة وبالتالي أصبحت المرأة هنا هي صاحبة الحق فيما اشترطته من مهر لأبيها أو أخيها - وهما من الغير بالنسبة إلى عقد الزواج - وذلك كله رغم أن نيتها قد تكون منصرفة إلى إيصال بعض المهر

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٨٦

(٢) الأم ٦٥/٥

لأبيها أو أخيها كهبة ومن ثم تكون نيتها بعيدة تماماً عن توكيل أبيها أو أخيها في قبض جزء من المهر ، وهذا يتفق مع أصول الإمام الشافعي في عدم اعتبار نية المتعاقدين إلا من المعاني التي يحتملها اللفظ ولا يجوز عنده تغليب النية على العبارة بأدلة منفصلة عن هذه العبارة فالعبرة عند الإمام الشافعي بالمعاني المستفادة من العبارة في جميع العقود ويترتب على عبارة المتعاقدين الحكم الشرعي بمجرد صدور العبارة وتوافر أركانها وشروطها من غير نظر إلى النية المستفادة من أدلة منفصلة عن العبارة فلا عبرة عنده بالدليل القائم على عدم الرغبة في الحكم طالما أن هذا الدليل منفصل عن العبارة بمعناها ومدلولها بيعاً أو زواجاً أو طلاقاً أو غير ذلك من العقود ويستثنى الشافعي من ذلك حالة المخطيء لأنه قصد العبارة خطأ ولورود النص بذلك^(١) .

وما ذكرناه ينطبق على المثال الآخر الذي ذكره الشافعي وهو البيع مع اشتراط بعض الثمن لآخر فإنه من الصعب هنا اعتبار الغير وكيلاً عن البائع في قبض جزء من الثمن لأنه إذا كان قد أراد توكيل الغير في القبض فلماذا لم يوكله في قبض الثمن جميعه ولذا قال الشافعي أن هذا وكالة أو إحالة لأن العبارة احتملت معنى باطلاً وهو اشتراط نفع لأجنبي عن العقد فتحول الشافعي إلى معنى آخر صحيح تحتمله العبارة مع عدم الاعتداد بالنية الثابتة بأدلة منفصلة عن العبارة ومما يلاحظ هنا أن هذا التصرف الفقهي الذي لجأ إليه الإمام الشافعي في رفض الاشتراط لمنفعة أجنبي عن العقد مع تحويل التصرف إلى وكالة أو حوالة لتصحيحه هو بعينه نظرية تحول العقد التي أخذ بها القانون المدني المصري الحالي في م ١٤٤ منه والتي نصت على أنه : [إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام العقد] هذا وقد ذكر واضعو القانون

(١) يراجع نهاية المحتاج للرملي ٣٨/٨

المدني المصري أن أحكام نظرية تحول العقد قد أخذت من القانون الألماني^(١) (م ١٤٠) والحق أن المصدر الأصلي لهذه الفكرة هو الفقه الإسلامي^(٢) الذي استفادت منه القوانين الأوروبية الحديثة عن طريق الفقه المالكي والفقه الشافعي في بلاد الأندلس بالإضافة إلى فقه ابن حزم الظاهري .

والذي يهنا هنا هو أن نقرر أن قاعدة الاعتبار للمعاني لا للمباني أعم من قاعدة اعتبار ألفاظ الكناية لأن اللفظ قد لا يعتبر كناية كما في المثالين السابقين عند الإمام الشافعي وقد اعتبر الإمام هنا معنى بعيداً صحيحاً وألغى المعنى القريب المستفاد من ظاهر النص لأن هذا المعنى القريب يجعل العقد باطلاً وتصحيح عبارات العاقدين أولى من إبطالها إذا وجد سبيل مقبول إلى ذلك .

٤٦ - الفرق بين قاعدة الاعتبار للمعاني لا للألفاظ وبين قاعدة تغليب النية على العبارة أو تغليب الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة :

يوجد فارق كبير - في رأيي - بين القاعدتين على الرغم مما يبدو لأول وهلة أنهما أمر واحد ذلك أن قاعدة الاعتبار للمعاني يقصد بها حالة التعارض بين ظاهر اللفظ (سواء أكان كناية أم غير كناية) وبين المعنى المستفاد من اللفظ فالكشف عن النية هنا يكون من اللفظ ذاته مرتبباً بغيره من الألفاظ الواردة بالعقد المراد تفسيره فإذا كان اللفظ فيه غموضاً وأمكن فهم المعنى من سياق اللفظ أي من مجموع الألفاظ التي تكونت منها العبارة فإن هذا المعنى هو المعبر دائماً باتفاق الفقهاء طالما أن هذا المعنى لا يناقض مقتضى اللفظ المستعمل في العبارة وأما إن كان يناقضه مناقضة تامة فإن اللفظ لا يصح عند الفقهاء وذلك مثل التعبير عن البيع بلفظ النكاح أو الزواج ، وأما

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية - للقانون المدني المصري - م ١٤٤ ص ٢٦٣ وما بعدها

(٢) وسنرى في حينه إن شاء الله أن نظرية تحول العقد معروفة في المذاهب الفقهية الإسلامية الأربعة وسنعود إليها عند الكلام عن بطلان العقود إن شاء الله تعالى .

إن كانت المغايرة بين ظاهر اللفظ وبين المعنى المستفاد من سياق اللفظ لا تصل إلى درجة التناقض التام فإن الفقهاء يميلون إلى تغليب المعنى عن طريق فكرة تحول العقد كما رأينا في الأمثلة السابقة .

وأما قاعدة تغليب النية على العبارة فهي أوسع من ذلك بكثير لأن مقتضاها البحث عن النية الحقيقية للمتعاقد بقرائن منفصلة عن العبارة وهذا على عكس القاعدة الأولى التي تقف عن حد البحث عن النية عن طريق العبارة ذاتها ككل بإستلهاام المعنى المستفاد من العبارة والذي قد يغير ظاهر اللفظ ومن أجل ذلك نجد أن الإمام الشافعي أخذ بقاعدة الاعتبار للمعاني وهو يرفض رفضاً قاطعاً في الوقت نفسه - قاعدة تغليب النية على العبارة إلا فيما ورد به النص فقط (كالخطأ والنسيان والإكراه) ولا تناقض في هذا ما دامت القاعدتان متغايرتين ولذلك نجد أن الشافعي يصحح جميع العقود التي يقصد بها التوصل إلى محذور ما دامت العبارة جاءت خالية مما يشير إلى هذا القصد المحذور والحنفية قرييون من الشافعية في عدم الأخذ بقاعدة تغليب النية على العبارة ولذلك فإن عقد المحلل عند الحنفية والشافعية صحيح قضاء ما دام لم يرد في ألفاظه ما يدل على نية التحليل وكذلك في عقد العينة فهم يغلبون العبارة على النية^(١) أي الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة في الاصطلاح الحديث وأما المالكية والحنابلة فهم يأخذون بقاعدة تغليب النية على العبارة ولذلك فإنهم يبطلون العقود التي يقصد بها التوصل إلى محذور رغم عدم ذكر هذا المحذور ضمن عبارة العقد ما دامت توجد دلائل منفصلة عن العبارة تثبت هذا المحذور^(٢) وفي هذا يقول ابن قدامة : [وبيع العصير ممن يتخذه خمرًا باطل إذا ثبت هذا فإنما يحرم البيع ويبطل إذا علم البائع

(١) المجموع للنووي ٢٧٧/٩ ، حاشية ابن عابدين ٨٤/٥ .

(٢) شرح منح الجليل على مختصر خليل للشيخ عليش ٤٧٧/٢ ، المغني لابن قدامة

قصد المشتري ذلك إما بقوله وإما بقرائن مختصة به تدل على ذلك ... ولنا أنه عقد على عين لمعصية الله بها فلم يصح كإجارة الأمة للزنا والغناء وأما التدليس فهو المحرم دون العقد ، ولأن التحريم ههنا لحق الله تعالى فأفسد العقد كبيع درهم بدرهمين ويفارق التدليس فإنه لحق آدمي ، وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام كبيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطريق أو في الفتنة وبيع الأمة للغناء أو إيجارها كذلك أو إجارة داره لبيع الخمر فيها أو لتتخذ كنيسة أو بيت نار وأشباه ذلك فهو حرام والعقد باطل لما قدمنا [١].

ومن هنا يتضح لنا أن الشافعية والحنفية - على الرغم من تصريحهم بأن العبرة للمعاني لا للألفاظ والمباني في العقود - فهم في الوقت نفسه يغلبون العبارة على النية المستترة التي لم يرد بشأنها دليل من العبارة ذاتها ، وأما المالكية والحنابلة فإنهم يغلبون النية على العبارة حتى ولو يرد بالعبارة ما يدل على النية وذلك إذا ثبتت هذه النية بقرائن منفصلة عن العبارة كما في الأمثلة التي ساقها ابن قدامة ويترتب على ذلك أن قاعدة الاعتبار للمعاني لا للمباني عند الحنفية والشافعية تقتصر على استخراج المعنى من سياق اللفظ فقط ولا يجوز اعتبار المعاني التي لا يتحملها اللفظ وإنما تدل عليها قرائن منفصلة عن اللفظ فهذه قاعدة أخرى وهي قاعدة تغليب النية « التي تثبت بكافة الطرق الشرعية » على العبارة وهو ما يعرف في الاصطلاح الحديث بمبدأ تغليب الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة إذا وجدت أدلة على ذلك سواء أكانت هذه الأدلة منفصلة عن العبارة أم مستقاة من سياق اللفظ [٢].

(١) نقلاً عن المعنى لابن قدامة ٤/٢٤٥، ٢٤٦.

(٢) وهذا المبدأ سنبحثه عند الكلام عن ركن الصيغة أو التراضي في انقانون في موضعه إن شاء الله تعالى

٤٧ - التعاقد بالإشارة :

الإشارة لغة هي الإيماء إلى الشيء بطريقة يفهم منها ما يفهم من النطق وهذا الإيماء يكون بالجوارح - غير اللسان - كالعين واليد وغيرهما . وإشارة الأخرس المفهومة معتبرة شرعاً في جميع العقود عند مالك^(١) والشافعي^(٢) والحنابلة^(٣) سواء أكان قادراً على الكتابة أم عاجزاً عنها وسواء أكان الأخرس أصلياً أم طارئاً . والشافعية يقسمون الإشارة إلى صريحة وكناية فالإشارة الصريحة هي التي يفهم المقصود منها كل واقف عليها ، والإشارة الكناية هي التي لا يفهم المقصود منها إلا المتميز بالذكاء^(٤) . ويوجد قول لبعض الشافعية يشترط لقبول إشارة الأخرس أن يكون عاجزاً عن الكتابة^(٥) . وأما الحنفية^(٦) فلا يعتبرون إشارة الأخرس إذا كان يقدر على الكتابة لأن الكتابة تعبير بالقلم فهي كالألفاظ المنطوقة في قوة الدلالة ، والإشارة أضعف منها ولا يصح العدول عن الدلالة القوية إلى الضعيفة ما أمكنت هذه فإذا كان الأخرس لا يعرف الكتابة فيشترط الحنفية لقبول إشارته أن يكون الأخرس أصلياً أي ولد أخرساً فإن كان طارئاً فلا بد أن يدوم منه الأخرس حتى يقع اليأس من كلامه ولا بد أن تكون إشارته مفهومة في كل حال حتى تقبل^(٧) .

وفي نظري أن رأي الجمهور هو الأصح من رأي الحنفية فلا معنى

(١) الشرح الكبير للدردير ٣/٣ ، مواهب الجليل ٢٢٩/٤

(٢) روضة الطالبين ٣/٣٤١ ، نهاية المحتاج ٣/٣٨٥

(٣) المغني لابن قدامة ٣/٥٦٦ - كشف القناع ٥/٣٩

(٤) مغني المحتاج للشرييني ٧/٢

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٣٨

(٦) بدائع الصنائع ٢/٢٣١ ، ٥/٢٣٥ ، حاشية ابن عابدين ٢/٤٢٥

(٧) المرجع السابق للحنفية .

لهذه التفريعات التي قالوا بها ما دامت الإشارة لن تقبل في أى حال إلا إذا كانت مفهومة وأما قولهم (أى الحنفية) بأنه إذا كان الخرس طارئاً فلا بد أن يدوم لكى تعتبر إشارته فهذا لا أساس له من الشرع وفيه تعطيل لمصالح الأخرس ومصالح الآخرين الذين يتعاملون معه ما دام يستطيع أن يعبر بالإشارة عن نفسه ومن أهم أصول الشريعة الغراء هو رفع الحرج عن الناس ما أمكن ذلك .

٤٨ - التعاقد بالرسالة :

التعاقد بالرسالة قد يكون بإرسال خطاب مكتوب فيه عبارات العقد وقد يكون بإرسال رسول يبلغ العقد ولا خلاف بين العلماء في صحة العقد بالرسالة : وجاء في الهداية [والكتاب كالخطاب وكذا الإرسال]^(١) وقد اتفق الفقهاء - من المذاهب الأربعة - على جواز التعاقد بالكتابة في جميع العقود - إلا في النكاح سواء بين حاضرين أو بين غائبين عن طريق الرسالة المكتوبة^(٢) لأن الكتابة - بعد الألفاظ - تعتبر قاطعة في الدلالة على الإرادة ولم يجزوا التعاقد بالكتابة في عقد النكاح بين حاضرين إلا لأخرس للضرورة لأن عقد النكاح يشترط فيه الإشهاد والإشهار .

هذا ويوجد للشافعية^(٣) وجه بعدم الانعقاد بالكتابة مطلقاً ، ولكن هذا الوجه خالفه كثير من الشافعية وقالوا بالتعاقد بالكتابة مع النية أى اعتبروا الكتابة من باب الكناية^(٤) هذا وقد صرح الحنفية في الزواج بالكتابة بالآتى : [فلو كتب تزوجتك فكتبت قبلت لم ينعقد وكذا لو قالت قبلت

(١) الهداية ٢٥٣/٦

(٢) البدائع ٢٣١/٢ ، الشرح الصغير للدردير ١٧٥/٢ روضة الطالبين للنووى

٣٣٩/٣ - كشف القناع ٣٩/٥

(٣) صحح هذا الوجه الشيرازى في المهذب ١٦٢/٩

(٤) انظر المجموع للنووى ١٦٧/٩ ، معنى المحتاج ٥/٢ - نهاية المحتاج ٢١٢/٦

بخلاف ما إذا كان في جهة أخرى فكتب لها بالإيجاب فأحضرت شاهدين وقرأته عليهما وقالت إن فلاناً كتب يخطبني فاشهدوا أني زوجت نفسي منه فإن العقد يصح^(١) فعند الحنفية يجوز أن يتم عقد النكاح بين غائبين بكتابة الإيجاب وحده ويشترط أن يتم القبول باللفظ . هذا ويشترط الفقهاء لصحة التعاقد بالكتابة - بصفة عامة - أن تكون مستبينة أي تبقى صورتها بعد الانتهاء منها « فلا تصح الكتابة على الماء مثلاً » ويشترطون أيضاً أن تكون الكتابة مرسومة أي مكتوبة بالطريقة المعتادة بحسب العرف الجاري ، وقد كان العرف في الماضي يجري على أن تصدر الكتابة ببيان اسم المرسل منه واسم المرسل إليه وأن تكون موقعة أو مختومة من المرسل منه . والكتابة - في واقع الأمر - لا تقل قوة عن اللفظ إذا ثبتت نسبتها إلى صاحبها بل هي أقوى من اللفظ من ناحية البقاء بعد الصدور مدة طويلة ، ولذلك ندب الله تعالى المؤمنين إلى توثيق ديونهم بالكتابة مما يدل على قوتها ووصفها الحق تبارك وتعالى بأنها أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى إلى عدم الريبة^(٢) .

٤٩ - تحديد مكان وزمان العقد بالرسالة :

يثير العقد بالرسالة مسألة هامة وهي مكان وزمان انعقاد العقد ، لأن المتعاقدين يبرمان العقد في مكانين مختلفين كما يختلف بالضرورة زمن الإيجاب عن زمن القبول والظاهر من كلام جمهور الفقهاء هو أن العبرة بإعلان القبول من القابل حينما يتصل الإيجاب بعلمه عن طريق قراءة الرسالة أو سماع كلام الرسول : جاء في حاشية ابن عابدين : [صورة الكتابة أن يكتب أما بعد فقد بعث عبدى فلاناً منك بكذا فلما بلغه الكتاب قال في مجلسه ذلك

(١) حاشية ابن عابدين ٢٧٢/٢ ويلاحظ أن المرأة زوجت نفسها في المثال لأن الحنفية

لا يشترطون الولي في النكاح

(٢) آية الكتابة في سورة البقرة ٢٨٢

اشترت تم البيع بينهما [١] وجاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير :
 [قوله بما يدل على الرضا) أى بسبب وجود ما يدل على الرضا من
 العاقدين ... (قوله بما يدل) أى عرفاً سواء دل على الرضا أو لا ، فالأول
 كبت واشترت وغيره من الأقوال والثاني كالكتابة والإشارة والمعاطاة [٢]
 ويلاحظ أن المالكية هنا لم يذكروا صراحة ما ذكره الحنفية ولكنه مفهوم
 من سياق الكلام وهو دلالة الرضا من القابل . وجاء في معنى المحتاج
 للشربيني : [أما الرسالة فهي أن يرسل رسولاً إلى رجل فذهب الرسول
 وبلغ الرسالة فقال المشتري في مجلسه ذلك قبلت انعقد العقد [٣] وجاء في
 كشف القناع : [وإن كان المشتري غائباً عن المجلس فكاتبه البائع أو راسله
 أني بعثك داري بكذا أو أني بعث فلاناً داري بكذا فلما بلغه (أى المشتري)
 الخبر قبل البيع صح العقد [٤] .

ولكن يجب أن نلاحظ هنا أمراً هاماً وهو أنه في حالة التعاقد بين
 حاضرين يسمع الموجب قبول القابل ، وأما في حالة التعاقد بين غائبين -
 بطريق الرسالة - لا يسمع الموجب قبول القابل ، ولما كان التعاقد بين غائبين
 يقاس على التعاقد بين حاضرين فكان الأولى أن يقال أن العبرة بوصول القبول
 إلى الموجب وهذا يتفق مع ما ورد في بعض كتب الحنفية بخصوص عقد
 النكاح ففي حاشية يعقوب على شرح الوقاية : [وشرط سماع كل من
 المتعاقدين عبارة الآخر حقيقة أو حكماً ... لأن الكتاب كالخطاب [٥] .
 وفي الدر المختار : [وشرط سماع كل من المتعاقدين لفظ الآخر : (قوله كل)

(١) نقلاً عن الحاشية ٥١٢/٤

(٢) نقلاً عن حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٣/٣ وما بعدها

(٣) معنى المحتاج ٥/٢

(٤) نقلاً عن الكشف ١٤٨/٣

(٥) حاشية يعقوب على شرح الوقاية مخطوط ص ٥١

أى ولو حكماً كالكتاب إلى غائبة لأن قراءته قائمة مقام الخطاب كما
مر [١] وفي مجمع الأنهر : [وشرط لصحة النكاح سماع كل من العاقدین
لفظ الآخر حقيقة أو حكماً] [٢]

وما ذكره فقهاء الحنفية في عقد النكاح من وجوب سماع كل من
العاقدین عبارة الآخر يتعين تطبيقه على جميع العقود لأنهم عللوه بأن الكتاب
كالخطاب ، وهذا حاصل في جميع العقود بين حاضرين فالموجب يسمع قبول
القابل ، ومقتضى هذا أنه في التعاقد بين الغائبين - عن طريق الرسالة -
الأصح أن يقال أن العقد ينعقد عندما يسمع الموجب أو يقرأ قبول القابل
فيم العقد في مكان وزمان علم الموجب بقبول القابل وهذا مخالف لرأى بعض
الفقهاء من المذاهب الأربعة في التعاقد بالرسالة بصفة عامة - باستثناء ما
ورد في كتب الحنفية بالنسبة لعقد النكاح - ولكن يبدو لي أن الأصح هنا
هو أن تكون العبرة بسماع الموجب لقبول القابل وهو ما يخالف ما ذهب
إليه عدد من الفقهاء من المذاهب الأربعة ، والحجة عليهم قوية لأنهم قاسوا
التعاقد بالكتابة على التعاقد بين حاضرين فكان من المتعين أن يراعوا أنه في
حالة التعاقد بين حاضرين يسمع القابل كلام الموجب ويسمع الموجب أيضاً
كلام القابل ولا يتم العقد إلا بسماع الموجب للقبول لأنه لو خرج قبل ذلك
انفض المجلس ولم يعتبر القبول الذي يصدر بعد انفضاض المجلس ، ولذلك
فإنه يتعين - في التعاقد بالمراسلة - أن يعلم الموجب بقبول القابل حتى يتم
التعاقد وهذا هو ما ذكره الحنفية بعينه بشأن عقد النكاح بين غائبين إذ قالوا
(وشرط لصحة النكاح سماع كل من العاقدین لفظ الآخر حقيقة أو
حكماً] [٣] وقد عللوا هذا صراحة بأن القراءة قائمة مقام

(١) حاشية ابن عابدين ٢١/٣

(٢) مجمع الأنهر ٣٢٠/١

(٣) مجمع الأنهر ٣٢٠/١

الخطاب^(١)... فهذا الكلام من الحنفية يدل على أن القائلين به يذهبون إلى أن العقد لا يتم في حالة التعاقد بالمراسلة إلا بوصول القبول إلى الموجب وقد أخذ بهذا الرأي الأخير بعض علماء الشريعة المعاصرين^(٢). هذا ويترتب على الأخذ بهذا الرأي نتيجة هامة وهي أنه في التعاقد بالمراسلة يكون للقبول الحق في الرجوع عن قبوله قبل علم الموجب بالقبول ما دام العقد لا يتم إلا بوصول القبول إلى الموجب وعلمه به فالتعاقد يتم في مكان وزمان علم الموجب بالقبول.

٥٠ - التعاقد بالهاتف :

التعاقد بطريق الهاتف يشبه التعاقد بين حاضرين من حيث سماع كل من المتعاقدين عبارة الآخر فور صدورها ويختلف عنه في أنهما متباعدان كما في التعاقد بالمراسلة فالتعاقد يتم في زمان واحد وفي مكانين مختلفين وقد تصور الفقهاء هذا النوع من العقود فقد جاء في المجموع للنووي ما يأتي : [لو تناديا وهما متباعدان صح البيع بلا خلاف ... وسواء في صورة المسألة كانا متباعدين في صحراء أو ساحة أو كانا في بيتين من دار]^(٣) وهذا التنادي من بعيد يماثل التنادي بواسطة الهاتف فالزمان واحد والمكانان مختلفان ، وعلى الرأي الذي رجحناه في التعاقد بالمراسلة فإن العقد يتم في مكان الموجب لأنه المكان الذي وصل فيه قبول القابل . هذا وإذا تعذر إثبات العقد بالهاتف عن طريق شهادة الشهود فالقول قول منكر العقد مع يمينه لأن الأصل براءة الذمة كما هو معلوم .

(١) يراجع ما سبق - بالبند نفسه - من كلام ابن عابدين في الحاشية ٢١/٣

(٢) انظر المدخل للفقهاء الإسلاميين للدكتور محمد سلام مذكور ص ٥٢٩ ، ص ٥٣٠

فهو يرى هذا الرأي صراحة ويعضده بنقول الحنفية التي ذكرناها ومن هذا الرأي

أيضاً الدكتور مصطفى الزرقا في كتابه الفقه الإسلامى في ثوبه الجديد ص ٣١٤

(٣) المجموع للنووي ١٨١/٩

٥١ - التعاقد بالتعاطي :

التعاطي لغة^(١) من العطو بمعنى التناول أى تناول الشخص الشيء بيده ، والتعاطي من الأفعال والأصل في العقود أنها تنعقد بالأقوال لأن الأفعال ليس لها دلالة - بأصل وضعها - على الالتزام بالعقد ، وقد اختلف الفقهاء في العقد بالتعاطي إذا كانت الأفعال تنطوي على دلالة تشبه الدلالة اللفظية : فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) ، وفي قول مرجوح للشافعية^(٤) ، والحنابلة^(٥) إلى جواز التعاقد بالتعاطي إذا وجدت قرائن تدل على أنها تفيد الرضا وهذا في عقود المعاوضات المالية كالبيع والإجارة والاستصناع ... الخ . ومثاله من يدفع ثوباً الى خياط ليخيطه وأجرة الخياط معلن عنها من قبل ، ومن هذا أيضاً ما يوجد في الأسواق الحديثة من بضائع مكتوب عليها الثمن فيأخذها المشتري ويدفع ثمنها بدون تلفظ بإيجاب أو قبول ويحصل مثل هذا في سيارات نقل الأشخاص المعلن فيها عن الأجرة والمذهب عند الشافعية هو عدم جواز العقد بالتعاطي حتى في المحقرات إذ تشترط الصيغة في العقد^(٦) وللشافعية^(٧) قول ثالث وهو صحة التعاقد في المحقرات فقط وهو قول للقدوري والكرخي من الحنفية^(٨) ، وقول للقاضي أبي يعلى من الحنابلة^(٩) .

(١) لسان العرب (عطا)

(٢) حاشية ابن عابدين ٥١٤/٤

(٣) حاشية الدسوقي ٣/٣

(٤) نهاية المحتاج ٣٦٤/٣ وقد ذكر أن الغزالي يرى صحة بيع التعاطي ٣٧٥/٣

(٥) المغنى لابن قدامة ٥٦١/٣ - فتاوى ابن تيمية ٢٦٨/٣

(٦) نهاية المحتاج ٣٧٥/٣ ، مغنى المحتاج ٤٥٣/٢

(٧) مغنى المحتاج ٣/٣ ، ٤

(٨) البدائع ١٣٤/٥ ، شرح فتح القدير ٢٥٢/٦

(٩) المغنى لابن قدامة ٥٦١/٣

والأصح هو رأى الجمهور بصحة التعاطى بإطلاق فى عقود المعاوضات المالية لأن هذا هو المتعارف عليه بين الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى الآن ولم ينقل عن النبى صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من الصحابة النهى عن التعاطى فى عقود البيع وما يقاس عليها من سائر المعاوضات المالية ، رغم أنها شائعة بين الناس . هذا وللعقد بالتعاطى صورتان عند المالكية والحنابلة وصورة واحدة عند الحنفية : وهذه الصورة - وهى التى يتفقون فيها مع المالكية والحنابلة - هى أن يتم التعاطى من غير تكلم ولا إشارة من أحد العاقدين ، وأما الصورة الثانية عند المالكية والحنابلة فقد ذكر الحنفية أنها ليست من قبيل التعاطى وقد فسرتها حاشية ابن عابدين بالآتى : [القبول قد يكون بالفعل وليس من صور التعاطى : وكذا إذا قال بعته بألف فقبضه ولم يقل شيئاً كان قبضه قبولاً بخلاف بيع التعاطى فإنه ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط ففى جعل الأخيرة من صور التعاطى كما فعل بعضهم نظر]^(١) وهذه الصورة الثانية تعتبر من قبيل بيع المعاطاة عند الحنابلة وقد صرحوا بها وهى مقبولة عند مالك^(٢) : جاء فى المغنى : [المعاطاة مثل أن يقول أعطنى بهذا الدينار خبزاً فيعطيه ما يرضيه أو يقول خذ هذا الثوب بدينار فياخذه فهذا بيع صحيح نص عليه أحمد فيمن قال لخباز : كيف تباع هذا الخبز ؟ قال كذا بدرهم قال : زنه وتصدق به فإذا وزنه فهو عليه وقول مالك نحو من هذا قال : يقع البيع بما يعتقد الناس بيعاً]^(٣) . ويقول ابن قدامة أيضاً : [... ولم ينقل عن النبى صلى

(١) نقلاً عن حاشية ابن عابدين ٥٠٧/٤

(٢) نقلاً عن المغنى لابن قدامة ٥٦١/٣ وقد ذكر المالكية ذلك صراحة : [وإن

كان دال الرضا بمعاطاة وفاقاً لأحمد وخلافاً للشافعى] حاشية الدسوقي على

الشرح الكبير ٣/٣

(٣) نقلاً عن المغنى ٥٦١/٣

الله عليه وسلم ولا عن الصحابة مع كثرة وقوع البيع بينهم استعمال الإيجاب والقبول ولو استعملوا ذلك في بياعتهم لنقل نقلاً شائعاً ولو كان ذلك شرطاً لوجب نقله ولم يتصور منهم إهماله والغفلة عن نقله لأن البيع مما تعم به البلوى فلو اشترط له الإيجاب والقبول (أى فى حالة التعاطى) لبيته صلى الله عليه وسلم ولم يخف حكمه لأنه يفضى إلى وقوع العقود الفاسدة كثيراً وأكلهم المال بالباطل ولم ينقل ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه فيما علمناه ولأن الناس يتبايعون فى أسواقهم بالمعاطاة فى كل عصر ولم ينقل إنكاره قبل مخالفينا فكان ذلك إجماعاً^(١) ويقول ابن قدامة أيضاً: [... ولأن الإيجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على التراضى ، فإذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطى قام مقامهما و أجزاء عنهما لعدم التعبد فيه]^(٢) وهذا الكلام لابن قدامة هو فى رأى من أحسن ما قيل للدلالة على صحة بيع التعاطى ..

وأما الشافعية كما قدمنا فهم الذين منعوا بيع المعاطاة بل منهم من قال : [وعقد المعاطاة من الكبائر]^(٣) وبلغ من مبالغة بعض الشافعية فى ذلك ما يأتى : [وقع السؤال فى الدرس غمنا لو وقع بيع بمعاطاة بين مالكي و شافعي هل يحرم على المالكى ذلك لإعانتة الشافعي على معصية فى اعتقاده أم لا ؟ فيه نظر والجواب عنه أن الأقرب الحرمة كما لو لعب الشافعي مع الحنفي الشطرنج حيث قيل يحرم على الشافعي لإعانتة الحنفي على معصية فى اعتقاده]^(٤) ويستدل هؤلاء الشافعية على بطلان التعاطى بأن التراضى هو ركن العقد الثابت بالكتاب : ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم ﴾

(١) نقلاً عن المغنى لابن قدامة ٥٦٢/٣

(٢) نقلاً عن المغنى ٥٦٢/٣

(٣) نقلاً عن حاشية الشيراملى على نهاية المحتاج للرملى ٣٧٥/٣

(٤) نقلاً عن حاشية الشيراملى على نهاية المحتاج ٣٧٥/٣

مع الخبر الصحيح (إنما البيع عن تراض) والرضا أمر خفي لا اطلاع لنا عليه فجعلت الصيغة دليلاً على الرضا فلا ينعقد بالمعاطاة وهي أن يتراضيا ولو مع السكوت منهما^(١) .

هذا وإنه لمن الواضح أن حجة الشافعية في إبطال التعاطى واهية للغاية لأن التعاطى دليل قاطع على التراضى وهو حاصل بالإجماع في عهد النبوة كما ذكر ابن قدامة ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا الصحابة الاعتراض على التعاطى مع شيوعه وكثرة وقوعه بينهم .

ونلاحظ هنا أن سبب تشدد جمهور الشافعية في بيع التعاطى هو أن الإمام الشافعى - كما قدمنا - جعل العبارة هي الأساس وإذا تعارضت مع النية الثابتة بأدلة منفصلة عن العبارة فإنه لا يعتد بهذه النية ما دامت العبارة لا تحملها ، ومن أجل ذلك كان من الطبيعى أن يرفض جمهور الشافعية بيع التعاطى لأنه يتعارض مع أصولهم في تغليب العبارة على النية التى ليس لها مستند من العبارة ، ولكن الحق أنه لا حجة مع ورود الشرع بما يخالفها ويكفيها هنا ما أورده ابن قدامة وغيره من الحنابلة والمالكية من إجماع المسلمين في عهد النبوة على صحة بيع التعاطى ولذلك فإن رأى الصحيح فى نظرى هو صحة بيع التعاطى بإطلاق ما دام التعاطى قد اشتمل على كافة شروط العقد من بيان الثمن مثبتاً على السلعة ، وحضور السلعة وهو أمر لا يتصور خلافه ما دام البيع بالتعاطى .

٥٢ - كتابة العقد بعد التلفظ بصيغته :

كتابة العقد بعد التلفظ به تعتبر طريقاً من طرق التوثيق فى الشريعة الإسلامية لأن الشريعة لم تنص على الكتابة باعتبارها ركناً فى أى عقد من العقود وإنما نصت على الكتابة وحرضت عليها بهدف التوثيق قال تعالى :

(١) نقلاً عن نهاية المحتاج ٣/٣٧٥

﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ... ﴾
 [البقرة : ٢٨٢] فالأمر بالكتابة هنا للندب وليس للوجوب ولكن الله تعالى
 حث المسلمين على الكتابة في وقت لم تكن فيه أدوات الكتابة متوافرة بل
 كانت صعبة للغاية قال تعالى : ﴿ ولا تسأموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً
 إلى أجله ذلكم أحق عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا ... ﴾
 [البقرة : ٢٨٢] هذا وقد يشترط ولي الأمر الكتابة من باب السياسة
 الشرعية مراعاة لمصالح المسلمين بسبب أمور استجدت أو مفاصد ظهرت ،
 فقد يشترطها في بعض العقود كشرط لسماع الدعوى حين الخصم
 بخصوص العقد لحث الناس على الكتابة ومثال ذلك عقد الزواج فإنه لا يمكن
 سماع الدعوى به أمام القضاء - في غالبية الدول الإسلامية في العصر الحالى -
 إلا إذا وثق في سجل خاص لدى موظف رسمي مختص أى يشترط هنا الكتابة
 والرسمية . وهذا أمر مطلوب شرعاً بسبب ما ظهر من مفاصد بسبب ارتفاع
 الأمانة ولجوء بعض الأزواج إلى إنكار الزواج بعد أن يكون قد تزوج المرأة
 وعاشرها وأنجب منها أطفالاً ثم يموت الشهود أو يرتشون من الزوج .



✽ المطلب الثاني ✽

مجلس العقد

٥٣ - المقصود بمجلس العقد :

مجلس العقد هو المجلس الذى يتم فيه التعبير عن الإيجاب والقبول فيتطابقان فيه ويقرنان فيتم العقد . وبعبارة أخرى هو الحال الذى ينشغل فيه المتعاقدان بالكلام حقيقة أو حكماً بشأن العقد والأصل فى مجلس العقد أن يجتمع المتعاقدان بأبدانهما ولكن هذا الاجتماع ليس لذاته وإنما هو لتحقيق تلاقى الإيجاب والقبول وتوافقهما ولذلك جَوَّز الفقهاء أن يتم التعاقد بالرسالة كما قدمنا .

٥٤ - اختلاف الفقهاء فى تحديد مجلس العقد :

الأصل أن مجلس العقد يبدأ منذ أن ينشغل العاقدان فيه بالتعاقد ولكن الفقهاء اختلفوا فى تحديد مجلس العقد متى يبدأ ومتى ينتهى كما أن مجلس العقد يختلف طبيعته طبقاً لاختلاف العقود فهناك عقود يشترط فيها اتحاد المجلس بين العاقدين وهناك عقود أخرى لا يشترط فيها هذا الاتحاد لأن طبيعتها أو الظروف المحيطة بها تأبى ذلك .

٥٥ - اختلاف الفقهاء حول مجلس العقد فى حالة العقود التى

يشترط فيها اتحاد المجلس :

تفرق الفقهاء بالنسبة إلى هذا النوع من العقود إلى فريقين فذهب الشافعية وبعض الحنابلة إلى اشتراط الفورية فى مجلس العقد وذهب الجمهور إلى عدم اشتراط الفورية .

٥٦ - مذهب الفورية :

ذهب الشافعية وبعض الحنابلة إلى اشتراط الفورية في مجلس العقد فهم يقولون بأن مجلس العقد يبدأ بصدور الإيجاب وينتهي إذا لم يصدر القبول فور صدور الإيجاب جاء في نهاية المحتاج : [(ويُشترط أن لا) يتخلل لفظ لا تعلق له بالعقد ولو يسيراً وألا يطول الفصل بين لفظيهما]^(١) وجاء في معنى المحتاج [ويضر تخلل كلام أجنبي ولو يسيراً بين الإيجاب والقبول ولو لم يتفرقا عن المجلس لأن فيه إعراضاً عن القبول]^(٢) .

ولكن هذه الفورية المشترطة في عقود المعاوضات المالية تجعل من العسير إتمام التعاقد لأن هذه العقود تحتاج إلى التدبر إذ قد يؤدي التسرع إلى حصول خسارة كبيرة تلحق بأحدهما ولكن أصحاب هذا الرأي تلافوا هذا الضرر بما ثبت في السنة الصحيحة من إثبات خيار المجلس للعاقدين بعد إتمام العقد وقبل انفضاض المجلس كي لا يضر أحد العاقدين من هذا التعاقد الفوري الذي يمنع التروى وعلى هذا يحق لكل منهما بعد إتمام العقد أن يختار الفسخ ما دام المجلس لم ينفذ وهذا قاصر على عقود المعاوضات المالية لما صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا »^(٣) [متفق عليه] .

٥٧ - مذهب عدم الفورية :

وذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة إلى عدم اشتراط الفورية فليس من اللازم أن يصدر القبول فور صدور الإيجاب ويصرح الحنفية

(١) نهاية المحتاج للرملي ٣/٣٨١

(٢) معنى المحتاج للشرييني ٢/٦٥٥ ومن هذا الرأي بعض الحنابلة انظر كشاف القناع للبهوتي ٣/١٤٨

(٣) وسنعود إن شاء الله تعالى - إلى خيار المجلس عند الكلام عن الخيارات.

بأن هذا الرأي مخالف للقياس فهو من قبيل الاستحسان وفي هذا يقول الكاساني : [فان اختلف المجلس لا ينعقد حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ثم قيل : لا ينعقد لأن القياس أن لا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر في المجلس لأنه كما وجد أحدهما انعدم في الثاني من زمان وجوده فوجد الثاني والأول منعدم فلا ينتظم الركن إلا أن اعتبار ذلك يؤدي إلى انسداد باب البيع فتوقف أحد الشطرين على الآخر حكماً وجعل المجلس جامعاً للشطرين مع تفرقهما للضرورة وحق الضرورة يصير مقضياً عند اتحاد المجلس فإذا اختلف لا يتوقف وهذا عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله : الفور مع ذلك شرط لا ينعقد الركن بدونه (وجه) قوله^(١) ما ذكرنا أن القياس أن لا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر والتأخر لمكان الضرورة وأن تندفع بالفور (ولنا : أي الحنفية) أن في ترك اعتبار الفور ضرورة لأن القابل يحتاج إلى التأمل ولو اقتصر على الفور لا يمكنه التأمل وعلى هذا إذا تبايعا وهما يمشيان أو يسيران على دابتين أو دابة واحدة في تحمل واحد فإن خرج الإيجاب والقبول منهما متصلين انعقد وإن كان بينهما فصل وسكوت وإن قل لا ينعقد لأن المجلس يتبدل بالمشى والسير^(٢) فالحنفية يذهبون إلى أن الفورية غير لازمة استحساناً ولكنهم يرجعون إلى القياس فيشترطون الفورية إذا كان العاقدان يسيران سوياً بداية أو غيرها لأن مجلس العقد يتبدل بالمشى والسير وهذا الذي ذكره الحنفية من أن المجلس يتبدل بالمشى إنما هو رأى ظاهر الخطأ إذ كيف يتبدل المجلس بالمشى وهما يمشيان سوياً ولم يفترقا ؟ .

وذهب المالكية أيضاً إلى عدم اشتراط الفورية : جاء في حاشية

(١) أي الشافعي فالكاساني ينقل هنا رأى الشافعي.

(٢) البدائع للكاساني ١٣٧/٥

الدسوقي : [ولا يضر في البيع الفصل بين الإيجاب والقبول إلا أن يخرجنا عن البيع إلى غيره عرفاً]^(١) وجاء في كشف القناع للبهوتي من الحنابلة : [وإن تراخى القبول عن الإيجاب صح ما دام في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه عرفاً ولو طال الفصل لأن حكم المجلس حكم حالة العقد]^(٢) .

فالجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة يتفقون على عدم اشتراط الفورية في مجلس العقد ولكنهم يختلفون فيما عدا ذلك فالحنفية - كما ذكرنا - يعتبرون أن المشي أثناء التعاقد يقتضى الرجوع إلى الأصل وهو الفورية لأن عدم الفورية عندهم هو من باب الاستحسان المخالف للقياس ، والحنفية إلى جانب ذلك لا يعترفون بخيار المجلس على حقيقته الاستفادة من النص فهم يفسرون حديث البيعان بالخيار ما لم يتفرقا على أنه إذا أوجب العاقد البيع فالآخر بالخيار إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رده ما دام لم يصدر من صاحب الإيجاب ما يدل على تغير إرادته^(٣) أى أن صاحب الإيجاب يستطيع الرجوع ما دام المجلس لم ينفذ ولم يصدر قبول من الطرف الآخر وهذا التفسير مخالف تماماً لظاهر الحديث الذى جعل الخيار للقابل أيضاً ولم يجعله قاصراً على الموجب ولا يتصور خيار القابل إلا بعد أن يصدر منه القبول فعلاً وهذا ممنوع عند الحنفية كما هو واضح من كلامهم .

وأما المالكية فهم يتفقون أيضاً مع الحنفية (والحنابلة) فى عدم اشتراط الفورية وهم لا يعترفون بخيار المجلس أيضاً مثل الحنفية ولكنهم يقولون - على عكس الحنفية - بالإيجاب الملزم فمالك يرى أن الموجب لا يستطيع الرجوع عن إيجابه طالما لم ينفذ المجلس أو يصدر قبول من الطرف

(١) حاشية الدسوقي ٥/٣ وأيضاً مواهب الجليل ٤/٢٤٠

(٢) كشف القناع ٥/٤١

(٣) الهداية ٣/١٧ وسنعود إن شاء الله تعالى إلى هذا الموضوع بتفصيل أوفى حين

الآخر^(١) ، ويلاحظ أن الإمام مالك نفسه روى حديث « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » ولكنه رد العمل به بناء على أصوله من أن خبر الواحد لا يحتج به إذا لم يعضد بعمل أهل المدينة واعتبر المالكية أن الحديث يتعارض مع قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ [المائدة : ١] والعقد هو الإيجاب والقبول والأمر على الوجوب وخيار المجلس يوجب ترك الوفاء بالعقد^(٢) .

وأما جمهور الحنابلة فهم يتفقون مع المالكية والحنفية في عدم اشتراط الفورية ولكنهم يختلفون معهم في أنهم يأخذون في الوقت نفسه بخيار المجلس على معناه الصحيح المتفق مع ظاهر الحديث الصحيح وهو « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا »^(٣) فالحنابلة هم أوسع المذاهب في هذه المسألة لأنهم يسمحون بالتروى قبل إتمام العقد ولا يشترطون صدور القبول فور صدور الإيجاب وفي الوقت نفسه يسمحون بالتروى بعد انعقاد العقد فعلاً فيسمحون لكل من العاقدين - طبقاً للنص - بفسخ العقد ما دام المجلس لم ينفذ .

٥٨ - اختلاف الفقهاء في تحديد وقت انقضاء المجلس :

اختلف الفقهاء إلى مذهبين : مذهب يرى أن انقضاء المجلس لا يكون إلا بافتراق الأبدان ومذهب آخر يرى أن انقضاء المجلس يمكن أن يكون بالقول وإن لم تفرق الأبدان .

٥٩ - مذهب القائلين بأن الانقضاء لا يكون إلا بالتفرق

بالأبدان :

وهذا هو مذهب الشافعي وأحمد وإسحاق وأبي ثور وابن عمر وأبي الجدي

(١) مواهب الجليل للخطاب ٢٤٠/٤ ، بداية المجتهد ١٨٨/٢

(٢) بداية المجتهد ١٨٩/٢

(٣) المغنى لابن قدامة ٥٦٣/٣

برزة من الصحابة وقد نقل ابن رشد أنه لا يخالف لهما من الصحابة في هذا الرأي^(١) وقد روى ابن عمر حديث « المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا » وهو في البخارى ومسلم وفي رواية مسلم : روى عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إذا تباع المتبايعان فكل واحد منهما بالخيار من بيعه ما لم يتفرقا أو يكون بيعهما عن خيار فإذا كان بيعهما عن خيار فقد وجب » وزاد مسلم في رواية أخرى قال نافع : فكان ابن عمر إذا بايع رجلاً فأراد ألا يقبله قام فمشى هنيهة ثم رجع^(٢) وللبخارى [قال ابن عمر : بعث من أمير المؤمنين عثمان مالا بالوادي بمال له بخير فلما تباعنا رجعت على عقبى حتى خرجت من بيته خشية أن يرادني البيع وكانت السنة أن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا فلما وجب بيعي وبيعه رأيت أني قد غبته بأنني سقته إلى أرض ثمود بثلاث ليال وساقني إلى المدينة بثلاث ليال]^(٣) .
ومما يشهد لهذا المذهب اللغة أيضاً فقد سئل أحمد بن يحيى - المعروف بثعلب - عن الفرق بين التفرق والافتراق فقال : أخبرني ابن الأعرابي عن المفضل قال : يقال فرقت بين الكلامين مخففاً فافترقا وفرقت بين اثنين مشدداً (أى بتشديد الراء) فتفرقا فجعل الافتراق في القول والتفرق بالأبدان^(٤) وقد وردت جميع روايات الحديث عند البخارى ومسلم بقوله (يتفرقا) ما عدا رواية واحدة عند البخارى عن همام شك فيها فقال « ما لم يفترقا أو قال حتى يتفرقا »^(٥) وهذا يؤكد أن المقصود بالتفرق هنا هو التفرق بالأبدان وليس الافتراق في الكلام ولما كان ابن عمر هو من رواة هذا الحديث

(١) بداية المجتهد لابن رشد ١٨٩/٢

(٢) رواه مسلم في كتاب البيوع

(٣) رواه البخارى في كتاب البيوع

(٤) أنظر جامع الأصول لابن الأثير الجزرى ٥٧٨/١

(٥) يراجع جامع الأصول لابن الأثير الجزرى ٥٧٦/١ وما بعدها

في الصحاح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو من فقهاء الصحابة فمن ثم يكون تفسيره للحديث حجة وقد فهم من الحديث أن انفصاض المجلس الذي به يلزم العقد لا يكون إلا بالتفرق بالأبدان وأن الانشغال بحديث آخر - من غير تفرق - عن العقد لا يترتب عليه انفصاض المجلس ولذلك كان إذا أراد أن يلزم عقداً أبرمه قام ومشى قليلاً ثم رجع .

هذا ويلاحظ هنا من فعل ابن عمر أنه لا حرج على العاقد أن يتعمد القيام لإلزام الطرف الآخر بالعقد ، وأما ما أورده عبد الله بن عمرو بن العاص من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار ولا يحل أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله »^(١) فهذا الحديث يؤكد أن التفرق لا يكون إلا بالأبدان وأما المنع من المفارقة خشية أن يستقبله فهذا يمكن أن يحمل على أن يغافل صاحبه ويقوم لأن الطرف الآخر يستطيع دائماً - إذا رأى أن من تعاقد معه يريد الافتراق فهو يستطيع فوراً أن يعلنه بخيار الفسخ قبل التفرق لأن الصوت أسرع من المشى بكثير كما هو مشاهد حساً ومقرر علمياً^(٢) هذا وقد فسر ابن قدامة التفرق بالأبدان تفسيراً لا يصح لتعارضه مع تفسير ابن عمر لحديث الخيار فيقول ابن قدامة [ولو أقاما في المجلس وسدلا بينهما سترًا أو بنيا بينهما حاجزاً أو ناما أو قاما فمضيا جميعاً ولم يتفرقا فالخيار بحاله وإن طالت المدة لعدم التفرق]^(٣) فقوله : لو بنيا بينهما حاجزاً لا يتفرقان موضع نظر لأن بناء الحاجز يجعلهما يتفرقان بالأبدان فهذا يكون مثل المشى هنيئة وأما النوم سويًا

(١) أخرجه أبو داود في البيوع والإجارة (٣٤٥٦) والترمذي (١٢٤٧) في البيوع

والنسائي ٢٥١/٧ في البيوع وحسنه الترمذي وصححه ابن خزيمة.

(٢) سرعة الصوت في الهواء ٢٨٠ متراً في الثانية الواحدة ويصل إلى ٣٤٠ متراً في حالة تغير ضغط الهواء.

(٣) المغنى لابن قدامة تحقيق (د/عبد الله التركي ، د/عبد الفتاح الحلو ١٣/٦).

فهذا لا ينفذ به المجلس لأن الأبدان لم تتفرق بالنوم ولكن إقامة حاجز بينهما يفض المجلس وقد استند ابن قدامة إلى ما رواه أبو داود^(١) والأثرم بإسنادهما عن أبي الوضئ قال : [غزونا غزوة لنا فنزلنا منزلاً فباع صاحب لنا فرساً بغلام ثم أقاما بقية يومهما وليتهما فلما أصبحنا من الغد وحضر الرحيل قام إلى فرسه يسرجه فندم فأتى الرجل وأخذه بالبيع فأبى الرجل أن يدفعه إليه فقال : بينى وبينك أبو برزة صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتيا أبا برزة في ناحية فقالا له هذه القصة فقال : أترضيان أن أقضى بينكما بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » ما أراكما افترقتما] وهذا التفسير من أبي برزة لا يصح لأنه من الغير المعقول أن يقيما بقية يومهما وليتهما في مكان واحد دون أن يتفرقا بضع خطوات أو لا بد أن يمشى كل منهما لحاجته على الأقل وهذا يكفي لأن ابن عمر كان يكتفى بالمشى هنيهة أى قليلاً وابن عمر أفقه من أبي برزة^(٢) فتفسيره أولى بالاعتبار فضلاً عن أنه من رواية حديث الخيار . وإذا أكره العاقد على التفرق فهل ينفذ المجلس في هذه الحالة ؟ للشافعية والحنابلة في هذا وجهان أحدهما أن المجلس لا ينفذ بالإكراه على التفرق والآخر ينفذ المجلس بالإكراه لأن التفرق حصل فعلاً ولأنه لا يعتبر رضاه في مفارقة صاحبه له ، ويلاحظ أنه على قول من يرى أن المجلس لا ينفذ بالإكراه فإن المجلس يظل قائماً إلى أن يزول الإكراه ويتمكن المكره من إبداء

(١) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع سنن أبي داود ٢٤٥/٢

(٢) أبو برزة الأسلمي من الصحابة المقلين في الفتيا وهو ليس كعبد الله بن عمر الذي يعد ضمن الصحابة السبعة الكثيرين في الفتيا (انظر كتاب إعلام الموقعين لابن القيم ١٢/١) وقد يقال هنا أن أبا بكر رضى الله عنه من المتوسطين في الفتيا وهو أفضل من السبعة جميعاً فهذا صحيح ولكن ما ورد في فضل ابن عمر يرجح كفته على أبي برزة وأما الصديق فهو الصديق سيد الصحابة أجمعين.

خياره بجرية أمام العاقد الآخر وينفض المجلس في هذه الحالة بالتفرق بعد زوال الإكراه^(١).

ويبدو لي أن الأصح هنا أن يقال أن المجلس لا ينفض بالإكراه لحديث « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » فلا تصح تصرفات المكروه وأفعاله وهو واقع تحت ضغط الإكراه لأن الله رفع إثم الإكراه وهذا يقتضى رفع الآثار التي أجبر عليها المكروه وهو لا يرضاهما ما دام في الإمكان رفعها .

٦٠ - مذهب القائلين بأن المجلس قد ينفض قبل التفرق بالأبدان :

ذهب أبو حنيفة ومالك وطائفة من أهل المدينة^(٢) إلى أن المجلس قد ينفض بالقول وإن لم يتفرقا بالأبدان ، وجاء في حاشية ابن عابدين : [والحاصل أن الإيجاب يبطل (أى ينفض المجلس) بما يدل على الإعراض واختلاف المجلس باعتراض ما يدل على الإعراض من الاشتغال بعمل آخر كأكل إلا إذا كان لقمة وشرب إلا إذا كان الإناء في يده ونوم إلا أن يكونا جالسين وصلاة إلا إتمام الفريضة أو شفع نفلًا وكلام ولو لحاجة (أى كلام خارج عن موضوع العقد) ومشى مطلقاً في ظاهر الرواية حتى لو تبايعا وهما يمشيان أو يسيران على دابة واحدة لم يصح]^(٣) .

فالحنفية يذهبون إلى أن مجلس العقد يمكن أن ينفض قبل التفرق بالأبدان وذلك إذا انشغلا بموضوع آخر أو بشيء آخر ألا أن يكون أمراً يسيراً أو إتمام فريضة وقد بالغ الحنفية في هذه المسألة حتى أنهم منعوا انعقاد العقد وهما يمشيان سوياً لأن المشى في رأيهم ينتهي به العقد رغم عدم التفرق

(١) انظر المغنى لابن قدامة ١٤، ١٣/٦ تحقيق د/التركي

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ١٨٨/٢

(٣) نقلاً عن حاشية ابن عابدين ٥٢٧/٤

بالأبدان ورغم أنهما قد يكونا منشغلين بالكلام عن العقد في أثناء مشيهما وهذا القول من الحنفية لا وجه له في الحقيقة ولا يتفق مع ما ورد في السنة الصحيحة من شراء النبي صلى الله عليه وسلم جمل جابر وهما يسيران في القافلة في أثناء السفر فقد روى جابر بن عبد الله قال : كنت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر وكنت على جمل ثقال (أى بطيء السير) إنما هو في آخر القوم فمر بي النبي صلى الله عليه وسلم فقال : « من هذا ؟ » قلت : جابر بن عبد الله . قال : « مالك ؟ » . قلت إني على جمل ثقال قال : « أمعك قضيب ؟ » قلت : نعم . « قال : أعطيه » فأعطيته فضربه وزجره فكان من ذلك المكان في أول القوم قال « بعنيه » فقلت بل هو لك يا رسول الله قال : « بل بعنيه » فقلت : بل هو لك يا رسول الله قال : « بل بعنيه قد أخذته بأربعة دنانير ولك ظهره إلى المدينة »^(١) .

فالبيع تم - كما هو ظاهر من الحديث - بين النبي صلى الله عليه وسلم وبين جابر وهما يسيران على البعير وهذا واضح من لفظ الحديث (فمر بي النبي صلى الله عليه وسلم ...) .

٦١ - بيان الرأي الصحيح في تحديد مجلس العقد بين حاضرين :

الرأي الصحيح - في نظري - هو ما استقر عليه رأى الصحابة وأخذ به الشافعي وأحمد وأبو ثور من أن مجلس العقد لا ينفذ إلا بالتفرق بالأبدان لأن أدلة هذا الرأي أقوى من أدلة الرأي الآخر فهذا الرأي هو رأى عبد الله ابن عمر راوى الحديث وهو رأى أبى برزة الأسلمي من الصحابة أيضاً « مع ملاحظة أنه يبالغ في التفرقة بالأبدان » وقد نقل ابن رشد أنه لا يخالف لهما من الصحابة^(٢) وفضلاً عما تقدم فإن هذا الرأي يتفق مع القصد من

(١) رواه البخارى في باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان آخر

(٢) بداية المجتهد ١٨٩/٢

تشريع خيار المجلس ويمنع الغرر والنزاع الذي قد يثور حول انفضاض المجلس من عدمه ، وبيان ذلك أن الهدف من تشريع خيار المجلس هو إتاحة الفرصة للتروى في عقود المعاوضات المالية التي قد تؤدي إلى إيقاع خسارة كبيرة بالمتعاقد ، والتروى يقتضى أن يخلو التعاقد إلى نفسه أثناء وجوده بالمجلس ليفكر في الصفقة فإذا سكت وتفكر قال له أصحاب الرأى الآخر لقد انشغلت عن العقد فأصبح باتاً وأما على الرأى الصحيح فهو ما دام جالساً في المجلس سواء أنشغل بالعقد أم بغيره فالمجلس قائم والخيار باق له ، وأما من حيث منع الغرر والنزاع فإن التفرق بالأبدان أمر محسوس لا مجال للاختلاف حوله وأما الانشغال - مع عدم التفرق - بأمر آخر فهو يفتح الباب للنزاع فقد يتكلم أحد العاقدين بشأن العقد فينشغل الآخر بأمر ما ويدعى انفضاض المجلس ويدعى الآخر عدم الانفضاض . ولهذا كله فإن الرأى الذى يجعل نهاية المجلس هى التفرق المادى بالأبدان هو الرأى الصحيح - فى نظرى - وهو فعل عبد الله بن عمر أحد رواة الحديث وأفقهم .

٦٢ - تحديد مجلس العقد فى العقود التى لا يشترط فيها اتحاد

المجلس :

هذه العقود قسمان أحدهما : العقود بين غائبين وثنائهما : عقود بين حاضرين ومع ذلك لا يشترط فيها اتحاد المجلس .

٦٣ - فأما العقود بين غائبين :

فإن اتحاد المجلس مستحيل بينهما ولذلك فإن المجلس ينفذ حكماً فى الوقت والمكان اللذين يتم فيهما التعاقد ولا مجال للبحث فى تفرق الأبدان لأن الأبدان متفرقة فعلاً ولا محل للقول بالتشاغل عن العقد لأنهما لا يتحدثان معاً أصلاً . وإذا أخذنا بالرأى الذى يقول بأن العقد بين غائبين يتم فى مجلس

إعلان القبول من القابل عندما يصله الإيجاب فإن المجلس ينتهي على هذا الرأي - بهذا الإعلان ويكون للموجب أن يستعمل خيار المجلس طوال الفترة التي تبدأ من إصدار إيجابه إلى ما قبيل إعلان القبول من القابل فإذا لم يستخدم هذا الخيار في هذه الفترة انقض المجلس وقد تم انعقاد العقد وعلى الموجب في هذه الحالة أن يثبت أنه أعلن خياره وصدره إلى القابل قبل إعلان القابل قبوله للعقد ولا يحتاج هنا - في رأيي - إلى إيصال الخيار إلى القابل قبل القبول لأن الخيار يتم بإرادة العاقد المنفردة ولا يحتاج إلى رضا من الطرف الآخر ولكنه يحتاج إلى إرسال صحيح حتى يعرف القابل أن العقد لم يتم بسبب استعمال الخيار ولكن هذا الرأي - في نظري - غير صحيح لأكثر من سبب :

● **فأولاً :** هو يتعارض مع القياس على التعاقد بين حاضرين وهو الأصل .

● **ثانياً :** يترتب عليه إسقاط خيار القابل حتماً ولا يبقى إلا خيار الموجب وهذا يتعارض مع الحديث الصحيح « المتبايعان بالخيار ... » فالخيار مقرر شرعاً لكل من العاقدين معاً وبيان ذلك :

(١) أن الرأي السابق يتعارض مع القياس على الأصل وهو التعاقد بين حاضرين فهذا واضح من أنه في حالة التعاقد بين حاضرين يسمع كل من المتعاقدين كلام الآخر ولا يتم العقد إلا بسماع الموجب قبول القابل وقد تفتن بعض الحنفية لهذا المعنى وصرحوا به : [وشرط سماع كل من المتعاقدين عبارة الآخر حقيقة أو حكماً لأن الكتاب كالخطاب]^(١) وفي الدر المختار : [وشرط سماع كل من المتعاقدين لفظ الآخر : (قوله كل) أى ولو حكماً كالكتاب إلى غائبة لأن قراءته قائمة مقام الخطاب كما

(١) نقلاً عن حاشية يعقوب على شرح الوقاية مخطوط ص ٥١

مر [^(١) وفي مجمع الأنهر :] وشرط لصحة النكاح سماع كل من العاقدين لفظ الآخر حقيقة أو حكماً [^(٢) ومن ثم فإن التعاقد بين الغائبين لا يتم إلا بوصول القبول إلى الموجب فعلاً كما يحصل في التعاقد بين حاضرين فهو لا يتم إلا بسماع الموجب كلام القابل لأنه لو قام الموجب قبل سماعه للقبول فلا يتم العقد والكتاب كالخطاب وبالتالي فإن مجلس العقد بين غائبين لا ينفذ حكماً إلا بقيام الموجب من مجلسه الذي وصل فيه القبول إليه .

(٢) فإن هذا الرأي الصحيح هو الذي يتيح الفرصة للقابل لكي يستعمل خياره وأما الرأي المخالف فهو يترتب عليه إسقاط خيار المجلس بعد تمام العقد ما دام العقد يتم وينفذ المجلس حكماً بمجرد إعلان القابل لقبوله في مجلسه وأما على الرأي الذي يشترط سماع الموجب لقبول القابل فإن القابل له أن يستعمل خياره قبل قيام الموجب من مجلسه الذي سمع فيه قبول القابل .

ولكن قد يرد أصحاب الرأي المخالف بأن القابل يستطيع - طبقاً لرأيهم - أن يستعمل خياره طوال فترة مجلسه الذي أعلمه فيه قبوله وتم به العقد ولكن هذه الحجة يضعفها أن الخيار هنا استعمل قبل أن يعلم الموجب بتمام العقد أصلاً . وأما في حالة تمام العقد بوصول القبول إلى الموجب فإن كلاً من المتعاقدين يكون قد علم بتمام العقد فإذا استعمل القابل خياره ووصل هذا الخيار قبل وصول القبول إلى الموجب فإن هذا يكون بمثابة رجوع عن القبول واعتباره كأن لم يكن ^(٣) وإذا وصل بعد وصول القبول وقيل انفضاض المجلس بقيام الموجب من مجلس وصول القبول إليه فإن هذا يكون استعمالاً للخيار من القابل .

(١) حاشية ابن عابدين ٢١/٣

(٢) مجمع الأنهر (في شرح ملتقى الأبحر للحلي) لعبد الرحمن شيخي زاده ٣٢٠/١

(٣) لأن القابل في هذا الفرص سحب قبوله قبل أن يصل الى من وُجّه إليه وهو

الموجب.

وعلى هذا فإن الرأي الصحيح الذى يتفق مع الأصل وهو الخطاب (الكتاب يقاس على الخطاب) هو أن المجلس لا ينفذ إلا بعد قيام الموجب من مجلسه الذى قرأ فيه قبول القابل وهذا الرأي هو الذى يتفق أيضاً مع سياق النص الشرعى كما أسلفنا .

٦٤ - مجلس العقد فى العقود بين حاضرين والتي لا يشترط فيها اتحاد المجلس :

وهذه العقود هى أنواع من العقود التى يجوز فيها تأخير القبول إلى ما بعد انفضاض المجلس أو يتحتم فيها تأخير القبول إلى ما بعد انفضاض المجلس لارتباطه بأمر آخر ، فأما العقود التى يجوز فيها تأخير القبول فهى العقود غير اللازمة أو الجائزة مثل : الوكالة ، والوديعة والجعالة والمسابقة والعارية والشركة والمضاربة والمزارعة والمساقاة^(١) فهذه العقود يجوز أن يتراخى فيها القبول عن الإيجاب إلى مجلس آخر إذا ظل الموجب مصراً على إيجابه لأن القبول لو صدر فى مجلس الإيجاب فهو غير ملزم بعد انفضاض المجلس ويستطيع الموجب - فى أى وقت إذا كان العقد جائزاً بالنسبة للطرفين - أن يعدل عن إيجابه متى شاء إلا إذا تعلق بالعقد حق للغير فإنه يصير لازماً منذ هذا التعلق مثل الوكالة إذا تعلق بها حق للغير ، كما إذا وكل الراهن وكيلاً فى بيع الرهن عند حلول أجل الدين للوفاء بالدين من ثمن الرهن فليس للموكل عزل الوكيل مراعاة لحق الغير وهو هنا الدائن المرتهن^(٢) ومثاله فى الهبة تصبح لازمة إذا وهب لابنه شيئاً فزوجه الناس بسبب هذه الهبة فاللزوم

(١) مع ملاحظة أن هذا على خلاف بين الفقهاء بالنسبة إلى بعض العقود فهى تعتبر

لازمة عند بعضهم بالشروع فى العمل مثل المضاربة عند الملكية والجعالة.

(٢) البدائع للكاسانى ٣٨/٦ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ١٨٧/٧ ، مواهب

الجليل على مختصر خليل ١٨٧/٥

هنا طراً بسبب تعلق حق الغير بالهبة^(١) وقد تصبح هذه العقود لازمة لأسباب أخرى على خلاف بين الفقهاء ولا محل لذكرها الآن . والذي يهمنا هنا أن هذه العقود الجائزة طالما أنها لم تنقلب لازمة - حين العقد - فإن اتحاد المجلس لا يشترط لها ولذلك فإن مجلس العقد في هذه العقود يتأخر إلى حين صدور القبول ما دام الموجب مصراً على إيجابه ، ولكن يلاحظ أنه بالنسبة لهذه العقود يجوز أن يصدر القبول في مجلس إضدار الإيجاب نفسه هذا ويوجد نوع آخر من العقود يتحتم بالنسبة لها تأخير القبول إلى ما بعد انقضاء مجلس الإيجاب ففي عقد الوصية لا يصح فيه القبول إذا صدر في مجلس الإيجاب لأن القبول لا يصح من الموصى له إلا بعد وفاة الموصى لأن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ومن ناحية أخرى فهي عقد غير لازم طوال حياة الموصى ، وفي عقد الإيضاء فإن الموصى له لا يصير وصياً على الصغير ومن في حكمه إلا بعد وفاة الموصى .



(١) الإنصاف للمرداوى ١٤٥/٧ ، الشرح الكبير على مختصر خليل مع حاشية الدسوقي ١١١/٤ وما بعدها ، والشرح الصغير للدردير ١٥٣/٤ ، ١٥٤ .

○ المبحث الثاني ○

الركن الأول للعقد في القانون : التراضي

٦٥ - تمهيد - بيان أركان العقد في القانون^(١) وطريقة تناولها في

هذا البحث :

يقرر شراح القانون أن العقد يقوم على توافق إرادتين على الأقل ويجب أن تتجه إرادة المتعاقد إلى غاية مشروعة فالعقد عندهم له ركنان : التراضي والسبب وأما المحل (المعقود عليه في الفقه الإسلامي) فهو عندهم ركن في الالتزام لا في العقد ، وأهمية المحل تظهر بصفة خاصة في الالتزام الناشئ من العقد لأن محل الالتزام غير التعاقدى يتولى القانون تعيينه ولذلك فإن شروطه محددة في القانون ، أما محل الالتزام في العقد فإن المتعاقدين هما اللذان يقومان بتعيينه فيجب عليهما أن يلتزما بالشروط التي يتطلبها القانون في المحل^(٢) .

وأما العاقدان فإنه لا ينظر إليهما إلا من خلال إرادة كل منهما أى من خلال التراضي أو صيغة العقد فالبحث بشأنهما تابع لبحث ركن التراضي هذا وقد سبق أن رأينا أن الحنفية يذهبون إلى أن ركن العقد هو صيغة العقد التي يتكون منها الإيجاب والقبول أو الإيجاب وحده إذا كان العقد بالإرادة المنفردة ولكن الحنفية يبحثون أيضاً في الأمور الأخرى التي ليست ركناً عندهم لأنها خارجة عن ماهية العقد ولكن لا يتصور العقد بدونها وهذه الأمور هي العاقدان والمعقود عليه ولما كانت دراسة القانون في هذا البحث

(١) يراجع الوسيط للسهنورى ١٧٠/١

(٢) نقلاً بتصرف قليل عن الوسيط للسهنورى ١٧٠/١

تابعة لدراسة الفقه الإسلامى فإننا سنقتصر فى بحث ركن التراضى فى القانون فى هذا المبحث على الجزء المقابل للركن الأول للعقد فى الفقه الإسلامى وهو الإيجاب والقبول وأما باقى أجزاء التراضى^(١) فى القانون فسنبحثها إن شاء الله تعالى مع ما يقابلها فى الفقه حتى يسهل علينا المقارنة تحقيقاً للغرض المنشود من دراسة القانون وهو إبراز تفوق التشريع الإسلامى على القوانين الوضعية إحقاقاً للحق .

٦٦ - المقصود بالتراضى :

يقصد بالتراضى - فى القانون - تطابق إرادتين تتجهان لإحداث أثر قانونى معين هو إنشاء التزام معين . فالأثر القانونى لتطابق الإرادتين لا بد أن يكون إنشاء التزام معين فلا بد إذن من التعرف على الالتزام عند القانونيين .

٦٧ - المقصود بالالتزام وتطوره فى القانون :

نشأت فكرة الالتزام فى القانون الرومانى على أساس أنها رابطة قانونية أى يحميها القانون تنشأ بين الدائن والمدين ، وقد تطورت هذه الرابطة فى القانون الرومانى فنشأت فى البداية على أنها سلطة تعطى للدائن على جسم مدينه لا على ماله وكان هذا هو الذى يميز بين ما يعرف بالحق العينى وما يعرف بالحق الشخصى فى القانون الرومانى فالحق العينى سلطة تعطى للشخص على شئ مثل سلطة مالك الدابة على دابته والحق الشخصى هو سلطة تعطى للشخص على شخص آخر أى سلطة الدائن على مدينه وكانت هذه السلطة واسعة يدخل فيها حق إعدام المدين وحق استرقاقه وحق التصرف فيه بسبب امتناعه عن سداد ديونه ثم خفف القانون من هذه السلطة فجعلها مقصورة على التنفيذ المدنى بحبس المدين ولم يعرف القانون الرومانى مبدأ الاقتصار على التنفيذ على مال المدين إلا بعد تطور طويل مرير ضج فيه العامة

(١) أى : العاقدان لأن إرادتهما تمثلان صحة التراضى فى القانون.

من سوء معاملة الدائنين لهم^(١) وبعد هذا التطور أصبح الالتزام عند الرومان رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين وهو في الوقت نفسه يمثل عنصراً مالياً باعتبارها حقاً لذمة الدائن ودينياً في ذمة المدين ولكن هذا العنصر كان ضئيل الشأن في القانون الروماني وبذلك افترق الحق العيني - في القانون الروماني - عن الحق الشخصي فأصبح الأول سلطة للشخص على شيء مثل حق الملكية وأصبح الحق الشخصي رابطة بين شخصين : الدائن والمدين . هذا وقد تأرجح الالتزام بين مذهبين : مذهب يغلب الجانب الشخصي له على الجانب المادي أى يعتبر أن الأمر الجوهري في الالتزام أنه رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين وهذا هو مذهب القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم . والمذهب الثاني هو المذهب الذى يغلب الجانب المادي للالتزام أى يعتبر أن الأمر الجوهري في الالتزام هو أنه يمثل عنصراً مالياً وهو محل الالتزام الذى ثبت في ذمة المدين بصرف النظر عن شخصية الدائن .

وبناء على ما تقدم فقد عرف أنصار المذهب الشخصي الالتزام بأنه رابطة أو علاقة قانونية ما بين شخصين بمقتضاها يكون لأحدهما وهو الدائن الحق في تقاضى شيء معين من الآخر وهو المدين^(٢) . وأما الالتزام طبقاً لأنصار المذهب المادي فهو حق مالى ترتب في ذمة المدين بصرف النظر عن شخصية الدائن وإلى جانب هذين المذهبين ظهر في الوقت الحالى مذهب وسط جمع بين النظرة الشخصية والنظريه المادية للالتزام وقد أخذ بهذا المذهب الوسط القانون المذنى المصرى الحالى الصادر فى عام سنة ١٩٤٩ .
ويحسن قبل أن نفصل مسلك القانون المذنى المصرى الحالى أن نوضح الآثار

(١) يراجع فى هذا الوسيط للسنيورى ١٠٦/١ وما بعدها ونظريه الالتزامات لشفيق شحاتة ص ٥٥ وما بعدها

(٢) تعريف الشارح الفرنسى بلانيول نقلاً عن الوسيط للسنيورى ١٠٧/١

التي تترتب على كل من المذهب الشخصي للالتزام والمذهب المادي له .
فأما الآثار التي تترتب على المذهب الشخصي فهي أن الالتزام الناشئ
عن العقد يقوم على الإرادة المشتركة للطرفين ومن ثم فلا بد أن تكون الإرادة
حرة مختارة لا غلط يشوبها ولا تدليس ولا إكراه يعيبها ولا استغلال .

وأما الآثار التي تترتب على المذهب المادي فهي السماح بنشوء الالتزام
بإرادة منفردة بدون دائن فيستند الالتزام إلى المدين وحده مثل التزام الواعد
بجائزة والتزام من يوقع السند لحامله وانتقال الالتزام عن طريق حوالة الدين
بحالته رغم تغير المدين فهذه الالتزامات ما كانت لتنشأ لو اقتصرنا على اعتبار
الالتزام رابطة بين شخصين فهذه الالتزامات لا تصح إلا إذا اعتبرنا الالتزام
بمحله أي جعلنا محل الالتزام قيمة أصلية بصرف النظر عن الرابطة بين
الشخصين . هذا وقد جاء القانون المدني المصري الحالي جامعاً بين آثار النظرة
الشخصية والنظرة المادية للالتزام فاعتبر أنه توسط بين المذهبين^(١) وبناء على
هذا المذهب يعرف بعض شراح القانون الالتزام بأنه [حالة قانونية يرتبط
بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن
عمل]^(٢) .

٦٨ - مقارنة بين الالتزام في الفقه الإسلامي والالتزام في القانون :

لقد سبق ورأينا^(٣) أن الالتزام نادر الاستعمال في الفقه الإسلامي
فالفقهاء يستخدمون كلمة الحق سواء في جانب المدين أو في جانب الدائن
فيقولون هذا حق له وهذا حق عليه ، واللفظ النادر الاستعمال في الفقه يرجع
فيه إلى معناه في اللغة لأن هذه الندرة تنفي عنه المعنى الاصطلاحي والالتزام

(١) انظر الوسيط للسنهوري ١/ص ٨١ وما بعدها، ص ١٠٦ وما بعدها وص ١١١.

(٢) السنهوري في وسيطه ١/١١٤.

(٣) أنظر ما سبق بند ٣ من هذا البحث

لغة معناه الثبوت والوجوب ، والحق في اللغة له عدة معان ترجع كلها إلى الثبوت والوجوب . ويلاحظ أن الالتزام يختلف عن الإلزام ، فالالتزام معناه أن يوجب الإنسان أمراً على نفسه بإرادته ، والإلزام معناه إيجاب أمر على إنسان بغير إرادته وهذا يكون بإلزام الشارع للمكلف ، ولكن الالتزام في الإصطلاح القانوني يشمل الحالتين معاً أى سواء أكان إيجاب الأمر على الإنسان إختيارياً كما في العقد أم إجبارياً كما في الالتزام الناشئ عن القانون مباشرة .

هذا ويرى شراح القانون أن المعقود عليه في العقد وهو المحل إنما هو محل الالتزام الناشئ عن العقد وليس محل العقد . فمحل الالتزام هو الشيء الذى يلتزم المتعاقد بالقيام به وقد سبق أن رأينا أن الالتزام إما أن ينصب على القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو نقل حق عينى ويرى شراح القانون أنه لما كان الالتزام بنقل حق عينى هو فى حقيقته التزام بعمل ولما كان الأصل فى هذا الالتزام أن يتم تنفيذه بمجرد نشوئه فقد صار من المألوف أن يقال إن محل الالتزام بنقل حق عينى هو هذا الحق ذاته فإذا كان الحق العينى حق ملكية امتزج بالشيء المملوك وأصبح شيئاً واحداً فصار الالتزام بنقل الملكية محله هو الشيء ذاته الذى تنتقل ملكيته^(١) .

هذا ومما يجب أن يلاحظ أن الفقهاء لم يستعملوا كلمة محل العقد فهذا استعمال علماء الشريعة المعاصرين وأما الفقهاء فقد استخدموا اصطلاح المعقود عليه فى البدائع يقول الكاسانى بخصوص عقدا البيع : [وأما الذى يرجع إلى المعقود عليه فأنواع]^(٢) وجاء فى نهاية المحتاج بخصوص البيع : [وقد رتبها على هذا الترتيب مبتدئاً منها بالكلام على الأركان وهى عاقد جديد

(١) نقلاً عن الوسيط للسنهورى ٣٧٥/١

(٢) البدائع ١٣٨/٥

ومعقود عليه وصيغة [^(١)] - فالمعقود عليه ركن في العقد عند الملكية والشافعية والحنابلة وهو عند الحنفية لا يتصور العقد بدونه وإن كان ليس ركناً لأن الركن في اصطلاحهم لا بد أن يكون من ماهية الشيء ، و ماهية العقد هي الصيغة فقط وأما الركن عند الأئمة الثلاثة الآخرين فهو ما لا يتصور الشيء بدونه سواء أكان داخلياً في الماهية أم خارجاً عنها ويتضح مما تقدم أن الالتزام الناشئ عن العقد في القانون وهو الذي يشتمل على المحل يقابل المعقود عليه الذي يعتبر ركناً في العقد عند الملكية والشافعية والحنابلة وأما عند الحنفية فهو لا يتصور العقد بدونه ولكنه ليس ركناً لأن الركن عند الحنفية لا بد أن يكون من ماهية الشيء .

وفي الفقه الإسلامي يترتب على كل عقد حكم خاص به بأمر الشارع فحكم عقد البيع هو نقل ملكية كل من الشيء المبيع والتمن وحكم عقد الإجارة نقل ملكية كل من المنفعة والأجرة ولكل عقد حقوق تتعلق بحكمه فهي تمثل مجموع الالتزامات والمطالبات التي تؤكد حكم العقد وتنفذه ^(٢)

(١) نهاية المحتاج ٣٧٤/٣

(٢) جاء في البدائع : [وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع شيء من الحقوق إلى الوكيل وإنما يرجع إلى الموكل ألا ترى أن حكم تصرف الوكيل يقع للموكل فكذا حقوقه لأن الحقوق تابعة للحكم والحكم هو المتبوع ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة فكانت حقوق العقد راجعة إليه إلا أن الشرع أثبت أصل الحكم للموكل لأن الوكيل إنما فعله بأمره وإنابته فكان إثبات أصل الحكم للموكل وإثبات توابعه (حقوق العقد) للوكيل وضع الشيء في موضعه [البدائع ٣٣/٦ ، ٣٤] وجاء في المغني : [وإذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً بإذنه انتقل الملك (الحكم) من البائع إلى الموكل ولم يدخل في ملك الوكيل وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يدخل في ملك الوكيل ثم ينتقل إلى الموكل لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل ولنا : أنه قبل عقداً لغيره صح له فوجب أن ينتقل الملك إليه كالأب والوصي وكما لو تزوج له . وقولهم إن حقوق العقد تتعلق به غير =

مثل الالتزام بتسليم المبيع وأداء الثمن والالتزام بضمان خلو المعقود عليه من العيوب وهكذا ويلاحظ هنا أن الفقه الإسلامي لم يستعمل اصطلاح الالتزامات وإنما اكتفى باصطلاح الحقوق أى حقوق العقد وهى حقوق ملزمة وعبر عن الإلزام بالإيجابار وفى هذا يقول ابن قدامة : [وإن اختلفا فى التسليم فقال البائع لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن وقال المشتري لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع والثمن فى الذمة أجبر البائع على تسليم المبيع ثم أجبر المشتري على تسليم الثمن ...] وقال أبو حنيفة ومالك : يجبر المشتري على تسليم الثمن لأن للبائع حبس المبيع على تسليم الثمن ومن استحق ذلك لم يكن عليه التسليم قبل الاستيفاء كالرهن ^(١) فهذا خلاف بين الفقهاء فى مدى الحق فى الحبس وهو لا يهمننا الآن ولكن الذى يهمننا هو تعبير الفقهاء عن التزام البائع بتسليم الشئ المبيع بالإيجابار وكذلك عن التزام المشتري بتسليم الثمن ، والإيجابار هو الإلزام ولكن الفقهاء كما ذكرنا من قبل درجوا على التعبير بالحق بدلاً من الالتزام ، ويلاحظ أيضاً أن الفقهاء قد يعبرون عن هذه الحقوق بهذا التعبير (شروط مقتضى العقد) ومقتضى العقد هو حكمه وشروط مقتضى العقد هى حقوق العقد إذا اشترطها المتعاقدان من باب التأكيد لأن شرطها كعدمها إذ أنها لازمة بموجب العقد وفى هذا يقول ابن قدامة : [والشروط تنقسم إلى أربعة أقسام أحدها : ما هو من مقتضى العقد كاشتراط التسليم وخيار المجلس والتقابض فى الحال فهذا وجوده كعدمه لا يفيد حكماً ولا يؤثر فى العقد] ^(٢) .

= مسلم [المغنى لابن قدامة ١٤١/٥، ١٤٢، فالفقهاء يقصدون من حكم عقد البيع انتقال الملكية ومن حقوق العقد الالتزامات المتعلقة بتنفيذ الحكم مثل تسليم المبيع **ديدا** و أداء الثمن

(١) المغنى لابن قدامة ٢١٨/٤، ٢١٩،

(٢) المغنى لابن قدامة ٢٤٩/٤

ومن هذا نجد أن الفقهاء يعبرون عن حكم العقد بمقتضاه ويعبرون عن حقوق العقد شروط مقتضى العقد إذا اشترط المتعاقدان هذه الشروط التي هي أصلاً من مقتضى العقد أى تابعة لحكمه فلا حاجة لاشتراطها وهنا تبرز دقة الفقه الإسلامى فى تصور العقد وفى تعبيره عن هذا التصور على حين أن القانون وقع فى خلط بين الأثر الأصلى المترتب على العقد بقوة القانون « وهو يقابل حكم العقد بقوة الشرع » وبين الالتزامات المترتبة على العقد وهى آثار تابعة للأثر الأصلى ونضرب مثلاً لذلك بعقد البيع فى القانون المدنى المصرى فإن المادة ٤١٨ منه تنص على الآتى : [البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شىء أو حقاً مالياً آخر فى مقابل ثمن نقدى] فالقانون وقع فى خلط معيب للغاية لأنه تكلم عن حكم العقد وهو الأثر الأصلى الذى يترتب على العقد وكأنه لم يقع بعد فجعله التزاماً على عاتق المتعاقد لم يقع بعد فنقل ملكية المبيع إلى المشتري ونقل ملكية الثمن إلى البائع يتم بمجرد العقد وأما ما يلتزم به المتعاقدان فهو تنفيذ ما يترتب على هذا الأثر أو الحكم .

ولكن يجب أن يلاحظ هنا أن نص المادة ٤١٨ مدنى لا يمكن فهمه على حقيقته إلا من خلال نص المادة م ٢٠٤ مدنى (الواردة ضمن باب آثار الالتزام) فقد نصت هذه المادة على الآتى : [الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل] . وطبقاً لهذا النص الوارد فى آثار الالتزام بصفة عامة فإن نص المادة ٤١٨ مدنى يفيد بأن الالتزام بنقل الملكية الناشئ عن عقد البيع ينفذ فوراً بمجرد العقد بقوة القانون أى أن حكم عقد البيع - أصلاً - هو نقل الملكية فور العقد فما الداعى إذن إلى ذكر هذا الالتزام بنقل الملكية ما دامت الملكية تنتقل فور العقد ؟ يجب على هذا السؤال شراح القانون بقولهم : [ويلاحظ

أن التقنين الجديد سار على النظرية التقليدية من أن نقل الملكية يسبقه التزام بنقلها وهذا الالتزام يتم تنفيذه من تلقاء نفسه فتنتقل الملكية إلى الدائن بحكم القانون وينقضى الالتزام بنقل الملكية بمجرد نشوئه وهذا الوضع بقية تخلفت عن تقاليد القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم حيث كانت الملكية لا تنتقل بالعقد^(١).

هذا ولقد تفتنَّ بعض شراح القانون إلى هذا التناقض ومن هؤلاء [(bonnecase) بونكاز فقد قرر أنه لا يوجد اليوم ما يمنع من القول بأن العقد ذاته ينقل الملكية دون افتراض التزام موهوم يسبق نقل الملكية وينقضى بمجرد أن ينشأ^(٢)] .

ومن هذا يتضح لنا أن الفقه الإسلامي قد عبر بدقة عن آثار العقد في الوقت الذي كان فيه القانون الروماني لا يعرف التصور الصحيح للعقد وهو لم يعرفه أبداً بل إن القوانين الأوروبية التي نشأت عن القانون الروماني لم تعرف هذا التصور الصحيح وقد ظهر في العصر الحديث من شراح القانون من ينادى بالتصور الصحيح للعقد طبقاً لما سبق إليه الفقه الإسلامي فقد نقل السنهوري عن بونكاز - كما أسلفنا أن العقد ذاته ينقل الملكية - وهذا

(١) نقلاً عن الوسيط للسنهوري ٧٧٠/٢ ولا نريد أن ندخل الآن في تفاصيل الاختلاف بين المنقول والعقار إذ أن القانون يشترط لانتقال ملكية العقار القيام بإجراءات الشهر العقارى فهذه مسألة أخرى سنتعرض لها إن شاء الله تعالى في حينها وإنما الذى يهمنا هنا هو اعتراف شراح القانون بأن حكم عقد البيع - أصلاً - هو نقل ملكية الشيء المبيع وأن التعبير بالالتزام بنقل الملكية لم يقصد به إلا مراعاة الأحكام البالية الموروثة عن القانون الروماني ولذلك حاولوا معالجة هذه التقاليد البالية عن طريق القول بأن الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه من تلقاء نفسه دون حاجة إلى أى إجراء آخر وهذه مغالطة واضحة

(٢) نقلاً عن الوسيط للسنهوري ٧٧٠/٢ هامش (٢)

هو ما يعبر عنه الفقه الإسلامى بأن حكم عقد البيع هو نقل الملكية دون ذكر أى التزام فى هذا الشأن لأن النقل يتم بأمر الشارع أى بقوة النص الشرعى وأما الالتزام الناشئ عن العقد فهو الالتزام بتسليم الشئ المبيع والالتزام بتسليم الثمن ولذلك فإنه ليس صحيحاً ما يذهب إليه شراح القانون من أن البائع يلتزم بنقل حق عينى فهذا تعبير فاسد باعتراف شراح القانون أنفسهم وهو من مخلفات القانون الرومانى البالية فالبائع ملتزم بتسليم الشئ المبيع والمشتري ملتزم بتسليم الثمن وهذا هو ما عبر عنه الفقهاء بدقة بأنه حقوق العقد التى تؤكد حكمه وهو نقل الملكية . ومن ثم فإنه ليس صحيحاً ما يذهب إليه شراح القانون من أن المحل (المعقود عليه) إنما هو محل فى الالتزام الناشئ عن العقد فالصحيح أن المعقود عليه هو محل العقد ذاته وأما الالتزام فمحلله هو القيام بتنفيذ متطلبات حكم العقد أى تسليم محل العقد ومن هذا يتضح لنا أن الفقه الإسلامى جاء دقيقاً فى تعبيراته وأن القانون الوضعى - فى أرقى صورهِ المعاصرة - لا يزال إلى الآن بعيداً عن الدقة بسبب خضوعه للبقايا البالية التى ورثها عن القانون الرومانى .

٦٩ - توافق الإرادتين : الإيجاب والقبول :

لا بد حتى يتم التراضى فى القانون أن يصدر إيجاب من أى من المتعاقدين يعقبه قبول مطابق له من المتعاقد الآخر - والقانون كما قدمنا لا يعرف العقد بالإرادة المنفردة . هذا وقد يصدر الإيجاب مع تعيين موعد للقبول وفى هذه الحالة يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى هذا الموعد وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة التعامل (م ٩٣ مدنى مصرى) ومثال استخلاص الميعاد من طبيعة التعامل أن يعرض الموجب آلة يملكها للبيع تحت شرط التجربة فهذا الإيجاب يتضمن أنه يقصد الارتباط بإيجابه طوال المدة اللازمة للتجربة .. وعلى هذا يبقى إيجاب الموجب ملزماً له طوال المدة المقررة صراحة أو ضمناً ما لم يرفض الموجب له الإيجاب

وإذا صدر الإيجاب بدون تحديد مدة (صراحة أو ضمناً) فإنه يكون غير ملزم لصاحبه أى يكون للموجب أن يعدل عنه قبل انفضاض مجلس العقد وإذا ظل مصراً عليه فإنه يسقط بانفضاض مجلس العقد ، وعلى هذا إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه وصدر القبول قبل أن ينفض مجلس العقد فإن العقد يتم (م ٩٤ مدنى مصرى) . ويلاحظ هنا أن القانون المدنى المصرى قد أخذ بقاعدة مجلس العقد عن الفقه الإسلامى ذلك أن القوانين الوضعية الحديثة والقديمة لا تعرف مجلس العقد بالمعنى الدقيق الذى عرفه الفقه الإسلامى فالقوانين الحديثة وهى التى نظمت تفاصيل الإيجاب والقبول تنص على أن القبول لا بد أن يصدر فوراً بمجرد صدور الإيجاب^(١) أى أن الإيجاب لا يكاد يقوم حتى يسقط^(٢) وهى فى الوقت نفسه لا تعرف خيار المجلس ويقرر واضع مشروع القانون المدنى المصرى (السنهورى) أن القانون هنا قد استفاد من المذهب الحنفى الذى لم يأخذ بخيار المجلس ولكنه أجاز للموجب أن يؤخر قبوله إلى ما قبل انفضاض مجلس العقد ، وقد أخذ القانون المصرى هنا فى تحديد مجلس العقد بما ذهب إليه أبو حنيفة^(٣) ومن هنا نحوه من أن المجلس قد ينفض قبل التفرق بالأبدان إذا انشغل أحد العاقدين بأمر آخر غير العقد ففى هذه الحالة ينفض المجلس . هذا ولا بد أن يطابق القبول الإيجاب أى يكون القابل متفقاً كل الاتفاق مع الموجب فى جميع المسائل التى تناولها الإيجاب فإذا اختلف عنه زيادة أو نقصاً أو تعديلاً فإن هذا القبول يعتبر فى الحقيقة رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً (م ٩٦ مدنى مصرى) . ولكن القانون المصرى نص أيضاً على أنه « إذا

(١) مادة ٤ من قانون الالتزامات السويسرى ، م ١/١٤٧ من القانون الألمانى (الوسيط السنهورى ٢١٤/١)

(٢) فى هذا المعنى انظر الوسيط السنهورى ٢١٤/١

(٣) يراجع بند ٦٠ من هذا البحث

اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة [(م ٩٥ مدني مصري) ولكن يشترط هنا الاتفاق على المسائل الجوهرية في العقد أي أركانه كاملة على الأقل ففي عقد الإيجار لا بد من التراضي على العين المؤجرة والأجرة والمدة ولكن قد يسكتان عن تحديد من الذي يتحمل بضريبة الخفر وأجرة الحارس أو اشتراك المياه وقد أباح لهما القانون أن ييرما العقد مع إرجاء النظر في هذه الأمور التفصيلية غير المؤثرة فإذا قام - بعد إبرام العقد - خلاف حول هذه الأمور الثانوية فإن القاضي هنا يفصل في هذه الأمور مسترشداً في ذلك بطبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف والعدالة والقاضي هنا يبحث عن نية المتعاقدين في ضوء هذه الأصول فإذا تبين للقاضي أن نيتهما لم تنصرف إلى إتمام العقد بدون الاتفاق على هذه المسائل المسكوت عنها فإنه يتحتم على القاضي في هذه الحالة أن يقضى بعدم تمام العقد .

٧٠ - التعبير عن الإرادة الصريح والتعبير الضمني :

نص القانون المصري على أن : [١ - التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود ٢ - ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً] (م ٩٠) وقد اعتبر القانون من أنواع التعبير الصريح اتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود وضرب المشروع التمهيدى^(١) للقانون مثلاً لذلك عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً فهذا من

(١) م ١٣٤ من المشروع التمهيدى وقد حذفت لعدم الحاجة إليها .

قبيل التعبير الصريح لأنه لا يحتمل تأويلاً ، ومن هنا أيضاً وقوف غربات الركوب ونحوها في الأماكن المعدة لذلك فهذا إيجاب صريح معروض على الجمهور ومنه أيضاً وضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل معين كميزان أو آلة لبيع الحلوى أو لتوزيع طوابع البريد فكل هذا يعتبر تعبيراً صريحاً^(١) ويلاحظ أن هذه الأمثلة تسمى في الفقه الإسلامي التعاقد بالتعاطي وقد جوزها جمهور الفقهاء^(٢) على أساس أن الفعل يقوم مقام اللفظ .

ويكون التعبير عن الإرادة ضمناً :^(٣) [إذا كان المظهر الذي اتخذته التعاقد ليس في ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة ولكنه مع ذلك يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة مثال ذلك أن يتصرف شخص في شيء ليس له ولكن عرض عليه أن يشتريه فذلك دليل على أنه قبل الشراء إذ يتصرف تصرف المالك ، و كالموعود بالبيع يرتب حقاً على العين الموعود بيعها و كالدائن يسلم سند الدين للمدين فهذا دليل على أنه أراد انقضاء الدين ما لم يثبت عكس ذلك ، و كالمستأجر يبقى في العين المؤجرة بعد نهاية الإيجار ويصدر منه عمل يفهم على أنه يراد به تجديد الإيجار و كالوكيل يقبل الوكالة بتنفيذها] .

٧١ - تأرجح القوانين الوضعية بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة :

الأصل أن إرادة التعاقد الظاهرة وهي التعبير الصادر منه لا تختلف عن إرادته الباطنة وهي النية التي في صدره ولا يعلمها إلا الله تعالى . وإذا لم يحصل اختلاف بين العبارة والنية أو بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة

(١) الوسيط للسنهوري ١٧٦/١

(٢) يراجع بند ٥١ من هذا البحث

(٣) نقلاً عن الوسيط للسنهوري ١٧٧، ١٧٦/١

فلا إشكال في الأمر فسيان الأخذ بالإرادة الظاهرة أو الإرادة الباطنة ما دامت الاثنتان متطابقتان ولكن قد تختلف الإرادات كما إذا وقع شخص على عقد مطبوع يتضمن شرطاً كان لا يقبله لو فطن له ، و كمن يخطيء في التوصية على شراء أثاث منزلي بطريق التأشير على بيان مطبوع يقدمه له البائع فيؤشر خطأً على أثاث غرفة نوم وهو يريد أثاث غرفة طعام وفي هذه الحالة تجد أن القوانين اللاتينية (أى التي ورثت القانون الروماني) تأخذ بمبدأ تغليب الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة ولكن القانون الألماني الحديث (سنة ١٩٠٤) يغلب الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة وهو في هذا متأثر ولا ريب بشراح القانون الألماني الذين نادوا في النصف الثاني من القرن التاسع عشر الميلادي بتغليب الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة^(١) هذا وتقوم نظرية الإرادة الباطنة على أساس أن التعبير عن الإرادة ليس إلا قرينة عليها قابلة لإثبات العكس فإذا قام دليل خارج عن العبارة على أن هذه العبارة تتعارض مع ما في النفس أى مع الإرادة الباطنة فالعبرة بالباطنة دون الظاهرة ، وإذا تعذر الوصول إلى معرفة الإرادة الباطنة عن طريق الجزم فعلى القاضى أن يتوصل إلى معرفة الإرادة الباطنة عن طريق الافتراض فالإرادة الباطنة إما حقيقية وإما افتراضية أو حكمية وأما نظرية الإرادة الظاهرة فهي تقوم على أساس أن التعبير الخارجى عن الإرادة هو الأصل فيجب الوقوف عنده فالأصل في ظل هذه النظرية أنه لا يجوز لشخص أن يدعى أنه أضمر خلاف ما أظهر فالعبارة الظاهرة دليل على الإرادة الباطنة لا يقبل إثبات العكس^(٢) هذا وقد وقف القانون المدنى المصرى موقفاً وسطاً بين القوانين اللاتينية والقوانين الجرمانية ، فهو يأخذ بالإرادة الباطنة وبالإرادة الظاهرة معاً إذ هو يغلب الإرادة الظاهرة في بعض الأحيان ويغلب الإرادة الباطنة في أحوال

(١) يراجع في هذا الوسيط للسهورى ١/١٧٩ وما بعدها .

(٢) يراجع في هذا كله الوسيط للسهورى ١/٨٣ وما بعدها ، ١/١٧٩ وما بعدها .

أخرى ففي تكوين العقد بنص القانون (في المادة ٩١) على أن [التعبير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه] ويترتب على تطبيق هذا النص العام على أن من وجه إليه إيجاب فقبله ثم عدل ولكن القبول وصل إلى علم الموجب قبل أن يصل إليه العدول فهو يرتبط بالعقد لا على أساس إرادته الحقيقية التي عدل عنها بل على أساس إرادته الظاهرة وهي وحدها التي اقترن بها الإيجاب وتنص المادة ٩٢ على أنه [إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه] ولا يستقيم هذا الحكم على أساس الإرادة الباطنة لأن هذه الإرادة تموت بموت صاحبها وتزول بفقده لأهليته فهو يقوم على أساس الإرادة الظاهرة التي انفصلت عن صاحبها فأصبحت مستقلة عنه وتبقى حتى بعد موته أو بعد فقده لأهليته^(١) وينص القانون المصري (م ١٢٠) على أن غلط أحد المتعاقدين لا يكون سبباً في إبطال العقد إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع في الغلط ذاته أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه فعلى هذا لا يستطيع المتعاقد الذي يدعى الوقوع في الغلط أن يحتج بإرادته الباطنة (الحقيقية) إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر قد وقع في الغلط ذاته أو كان على علم بوقوع المدعى في هذا الغلط أو لم يعلم به ولكنه كان من السهل عليه أن يتبينه فإذا لم يثبت ذلك فإن العقد يكون صحيحاً على أساس الإرادة الظاهرة التي أطمأن إليها المتعاقد الآخر ولم يكن من السهل عليه أن يتبين الإرادة الباطنة لمن تعاقد معه .

وينص القانون أيضاً (م ١٢٦) على أنه إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس . وينص أيضاً

(١) نقلاً عن الوسيط ١/٨٣، ٨٤

(م ١٢٨) على مثل ذلك في حالة صدور الإكراه من غير المتعاقدين وفي هذه الحالات يكون العقد صحيحاً على أساس الإرادة الظاهرة التي اعتمد عليها المتعاقد الآخر الذي لم يعلم بالتدليس أو الإكراه وليس على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقد الأول لأن هذه الإرادة قد أفسدها التدليس أو الإكراه^(١) وفي تفسير العقد تنص المادة ١٥٠ مدني مصري على أنه [إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين] ومعنى ذلك أنه إذا كانت العبارة واضحة فلا يجوز البحث عن الإرادة الباطنة وهذا تغليب للإرادة الظاهرة ولكن إذا كانت عبارة العقد غير واضحة فقد نصت م ٢/١٥٠ على أنه [إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف في المعاملات] فهنا يأخذ القانون بالإرادة الباطنة ولكن يضع معايير موضوعية للوصول إلى معرفة هذه الإرادة الباطنة : ومن هذا يتضح أن القانون المدني المصري قد ابتعد عن القانون الفرنسي (ذي الأصل الروماني) وسار مع القوانين اللاتينية الحديثة نحو الإرادة الظاهرة مع احتفاظه في الوقت نفسه بالإرادة الباطنة في بعض الأحوال ولذلك فهو ما يزال يخالف القانون الألماني والقوانين الجرمانية الأخرى التي تعتبر الإرادة الظاهرة أو التعبير الخارجي هو الأصل وهو يعتبر دليلاً على النية أو الإرادة الداخلية وهو دليل لا يقبل إثبات العكس إلا إذا ثبت أن هذه الإرادة الظاهرة ليس لها وجود حقيقي ومثال ذلك أن تكون الإرادة المكتوبة لا وجود لها لأنها مزورة .

٧٢ - تأثر القوانين الحديثة بالفقه الإسلامي فيما يتعلق بالإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة :

سبق أن ذكرنا^(١) أن فقهاء الإسلام اختلفوا في مسألة تغليب النية على العبارة أو العكس وقد تزعم الإمام الشافعي قاعدة تغليب العبارة على النية أي الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة فهو يجعل الإرادة الظاهرة دليلاً على الإرادة الباطنة لا يقبل إثبات العكس بأية قرينة منفصلة عن العبارة فلا يمكن إثبات النية عنده إلا عن طريق العبارة ذاتها ، وقد رأينا أن القانون الألماني الحديث الصادر سنة ١٩٠٤ قد أخذ بالقاعدة التي نادى بها الإمام الشافعي تماماً منذ أكثر من ألف سنة والحنفية قريبون من الشافعية في هذا الأمر وذهب المالكية والحنابلة إلى الأخذ بالنية أي بالإرادة الباطنة مع وضع معايير موضوعية للوصول إلى معرفة هذه الإرادة^(٢) ونجد هذا واضحاً في المسألة التي أوردها الخرقى من الحنابلة وهي [بيع العصير ممن يتخذه خمراً باطل] وفي هذه المسألة يقول ابن قدامة : [إذا ثبت هذا فإنه يحرم البيع ويطل إذا علم البائع قصد المشتري ذلك إما بقوله وإما بقرائن مختصة به تدل على ذلك]^(٣) ومن هذا نجد أن ابن قدامة يصرح بأن النية أو الإرادة الباطنة يمكن إثباتها - عن غير طريق العبارة - بقرائن منفصلة عن العبارة تدل على ذلك ويوضح ابن قدامة هذه القرائن قائلاً [وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام كبيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطريق أو في الفتنة وبيع الأمة للغناء أو إيجارها كذلك أو إجارة داره لبيع الخمر فيها أو لتتخذ كنيسة أو بيت نار]^(٤) فبيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطريق أو في

(١) يراجع بند ٤٦

(٢) أنظر المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٢٤٥

(٣) المغنى لابن قدامة ٢٤٦/٤

(٤) المغنى لابن قدامة ٢٤٦/٤

الفتنة فهذه كلها قرائن تمثل معايير موضوعية تجعل من المفروض على البائع أن يعلم بالقصد غير المشروع للمشتري فيبطل بذلك العقد بهذه القرائن المنفصلة عن العبارة .

هذا وقد جاء كلام المالكية متفقاً مع ما ذكره ابن قدامة ففي حاشية الدسوقي يقول : [قوله كبيع جارية لأهل الفساد) أو بيع أرض لتتخذ كنسية أو خمارة والخشبة لمن يتخذها صليباً والعنب لمن يعصره خمراً والنحاس لمن يتخذه ناقوساً وكذا يمنع أن يباع للحريين آلة الحرب من سلاح أو كراع أو سرج وكل ما يتقون به في الحرب]^(١) فإذا رجعنا إلى شرح القانون في هذه المسألة نجد أنهم يصرحون بأن هناك نظريتين للسبب في القانون وهما نظرية السبب التقليدية المتأثرة بالقانون الروماني ونظرية السبب الحديثة التي ظهرت في القوانين الحديثة مثل القانون المدني المصري .

فالسبب طبقاً للنظرية التقليدية هو الغرض المباشر المقصود في العقد ففي العقود الملزمة للجانبين سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر وفي العقود الملزمة لجانب واحد (إذا كانت عينية كالقرض والعارية مثلاً) سبب التزام المتعاقد (المقرض مثلاً) هو تسلمه الشيء محل التعاقد فالنظرية التقليدية (الرومانية الأصل) لا شأن لها بالبائع على التعاقد^(٢).

وأما السبب في النظرية الحديثة فهو الباعث الدافع إلى التعاقد فإذا كان الباعث على التعاقد غير مشروع فإنه يُبطل العقد إذا كان معلوماً من الطرف الآخر^(٣) ويلاحظ أن هذا السبب في النظرية القانونية الحديثة هو ما ذكره المالكية والحنابلة بعينه في حالة ما إذا كان القصد من العقد غير مشروع

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٧/٣

(٢) يراجع في هذا الوسيط للسنهوري ٤٣٨/١ وما بعدها

(٣) يراجع في هذا الوسيط للسنهوري ٤٧٣/١

واشترطوا أن يكون معلوماً للعاقد الآخر .

وفي رأيي أن هذا التحول الذي ظهر في القوانين الحديثة هو من مظاهر التأثير بالفقه الإسلامي الذي أحاط بدول أوروبا من المغرب ومن المشرق فمن جهة المغرب تأثر علماء القانون بالفقه المالكي الذي ساد في بلاد الأندلس قرناً عديدة وظهر إلى جانبه الفقه الشافعي أيضاً ومن جهة المشرق نجد أن الفقه الحنفي ساد في الدولة العثمانية ونحن لا نشك في أن شراح القانون قد استفادوا كثيراً من الفقه الإسلامي وعرفوه عن طريق بلاد الأندلس غرباً والدولة العثمانية شرقاً وكانت النتيجة على سبيل المثال هذا التشابه العجيب بين ما ذكره الدسوقي في حاشيته وابن قدامة في المغنى وبين ما يقوله شراح القانون الآن عن نظرية السبب الحديثة وهو بمعنى الباعث على التعاقد وهي مرتبطة ولا ريب بفكرتي الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة . وقد أخذت القوانين الجرمانية بمذهب الإمام الشافعي (والحنفية) في الإرادة الظاهرة وأخذت القوانين اللاتينية الحديثة بمذهب المالكية والحنابلة في التعرف على الإرادة الباطنة عن طريق معايير موضوعية في صورة قرائن منفصلة عن العبارة.

هذا ويلاحظ أن شراح القانون يعزون ظهور فكرة السبب الحديثة (بمعنى الباعث) إلى القضاء الفرنسي الذي تأثر بدوره بأراء رجال الكنيسة في السبب وفي ذلك يقول السنهوري : [هذا هو عمل الفقهاء من رجال الكنيسة إليه وحده يعود الفضل الأكبر في إيجاد النظرية الصحيحة للسبب وقد تبع رجال الكنيسة في نظريتهم هذه بعض الفقهاء المدنيين من أمثال لوازيل وديمولان فقالوا بالإرادة وحدها مصدراً لتكوين العقد واصلين في هذا ما بين الإرادة والسبب وجاعلين للسبب المعنى الذي فهمه فقهاء الكنيسة]^(١) ومما يلاحظ على هذا الاتجاه أن القوانين الأوروبية الحديثة

(١) الوسيط للسنهوري ٤٢٨/١

ظهرت بعد أن انتهى تماماً سلطان الكنيسة وبعد أن نادى المفكرون في أوروبا بفصل الدين عن الدنيا ، ومن جهة أخرى فإن القول بوجود فقهاء كنسيين محل نظر لأن النصرانية جاءت بمواعظ دينية ، وقد حرّف رجال الكنيسة ما أنزله الله تعالى على المسيح عليه السلام فزعموا أن التجارة تتعارض مع الدين ومع تقوى الله عز وجل وزعمت الكنيسة أن الابتعاد عن الزواج هو الطريق الأمثل للوصول إلى الله تعالى وحاربت العلوم التجريبية أى التى تعتمد على المشاهدة والتجربة والبحث فى الأرض والكون بصفة عامة واعتبرت هذا مروقاً من الدين^(١) . وبذلك فصل الدين عن الدنيا فمن غير المعقول أن يتأثر القضاء الفرنسى فى القرن التاسع عشر بالكنيسة بعد فصلها تماماً عن الدنيا ويلاحظ فوق ما تقدم أن شراح القانون نادوا بالمعايير الموضوعية التى نادى بها الفقه الإسلامى للتعرف على الإرادة الباطنة كما رأينا وهذه المعايير لا تعرفها الكنيسة .

ومن هذا يتضح أن القوانين الحديثة تأثرت تأثراً واضحاً بما جاء به الفقه الإسلامى منذ ألف عام من أحكام تتعلق بتحديد عبارة العقد وكيفية التعرف على النية المختفية وراء العبارة وقد ظهر هذا جلياً فى نظرية السبب بمعنى الباعث فى القوانين الحديثة وفى الغلط الذى يقع فيه المتعاقد والتدليس

(١) وقد فوجيء الناس بأن أولئك الكنسيون الذين نهوا عن الزواج يرتكبون أقبح الفواحش داخل الأديرة والكنائس وأنهم مع زعمهم بأن التجارة تتعارض مع التقوى - قاموا هم أنفسهم بالتجارة بالآخرة لصالح دنياهم فظهرت صكوك الغفران الشهيرة فى أوروبا وقد قام البابا ليو العاشر فى القرن السادس عشر الميلادى ببيع أراضى فى الجنة لمن يدفع أكثر فنار مارتن لوثر الألمانى ونادى بالمذهب البروتستنتى الذى ظهر كرد فعل لتناقضات الكنيسة وجاءت الثورة الفرنسية فى أواخر القرن الثامن عشر غير عابئة بالدين وتنادى بالحرية والإخاء والمساواة ونادى المفكرون فى أوروبا بحصر الدين داخل الكنيسة وتنحيته تماماً عن الحياة

والإكراه ، وفي تفسير عبارتي العقد الواضحة وغير الواضحة^(١) . هذا وليس غريباً أن يتأثر القانون الألماني بالمذهبيين الحنفى والشافعى وأن تتأثر القوانين اللاتينية الحديثة بالمذهب المالكى ، ذلك أن المذهب الحنفى هو السائد إلى الآن فى تركيا ويليه المذهب الشافعى واتصال تركيا بألمانيا معروف^(٢) وأما المذهب المالكى فهو المذهب الذى ساد فى بلاد الأندلس (أسبانيا الآن) عدة قرون وهى البلاد التى تدور فى الفلك اللاتينى .

٧٣ - تحديد الوقت الذى ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره :

تنص المادة ٩١ من القانون المدنى المصرى الحديث - الذى يعتبر نموذجاً للقوانين الحديثة على الآتى : [ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك] .

فلا بد - لكى يتم العقد - أن يعلم الموجب بقبول القابل فلا يكفى علم القابل بالإيجاب وقبوله له بل لا بد من أن يعلم الموجب أيضاً بهذا القبول وتبدو أهمية هذه القاعدة بالنسبة إلى التعاقد بالمراسلة بين غائبين ، لأنه فى حالة التعاقد بين حاضرين فى مجلس واحد فإن كلاً من الموجب والقابل يسمع كلام الآخر وقت صدوره وقد قطع القانون المصرى الحديث فى هذه المسألة .

وقد جاء القانون المدنى السورى الحديث مخالفاً لهذه القاعدة إذ أنه جعل التعاقد فيما بين الغائبين (بالمراسلة) يتم فى المكان الذى صدر فيه القبول لا فى المكان الذى علم فيه الموجب بالقبول .

(١) راجع ما سبق بند ٧١

(٢) يوجد قطار سكة حديد يصل مباشرة بين اصطنبول وألمانيا ويعرف بقطار الشرق

السريع ، والجالية التركية فى ألمانيا كبيرة منذ فترة طويلة .

هذا وقد نص القانون المصرى فى المادة ٩٢ منه على أنه : [إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل] وهذا حكم مستحدث إذ أن القضاء المصرى فى ظل القانون المدنى القديم (الصادر فى القرن الميلادى الماضى) كان يجرى على أن موت العاقد أو فقده لأهليته قبل أن تنتج الإرادة أثرها يستتبع سقوط الإرادة^(١) ولكن القانون المدنى الحديث استحدث هذا الحكم الذى جعل الإرادة تبقى بعد موت صاحبها القابل أو فقده لأهليته وذلك بعد أن يكون القبول قد صدر منه فعلاً قبل موته ثم مات قبل أن يصل هذا القبول إلى علم الموجب ، وبناء على ذلك فإنه : [يجب على ورثة القابل فى هذه الحالة (وعلى القيم فى حالة فقد الأهلية) وقد تم العقد أن يقوموا بتنفيذه فى الحدود التى تلتزم بها الورثة بعقود مورثهم وغنى عن البيان أن العقد لا يتم فى المثل المتقدم إذا تبين من الإيجاب أو من طبيعة التعامل أن شخص القابل هو محل اعتبار]^(٢) ويكون شخص القابل محل الاعتبار إذا كان مهندساً مثلاً أو طبيباً والعقد يتطلب استخدام خبرته الهندسية أو الطبية ويجب أن يلاحظ أن هذا الحكم يقتصر على حالة موت القابل (أو فقده لأهليته) بعد صدور القبول منه وقبل علم الموجب به ولكن إذا كان الموت أو فقده الأهلية قد لحق بالموجب قبل وصول القبول إلى علمه فإن العقد لن يتم ما دام القانون اشترط لتمام العقد أن يصل التعبير عن الإرادة (قبولاً أو إيجاباً) إلى علم من وجه إليه ففى حالة موت الموجب قبل أن يصل إلى

(١) وكانت المادة ٥٠ من القانون المدنى المصرى الأهلى (٧٢ من القانون المختلط) القديم تطبق هذا المبدأ فى عقد الهبة فتتص على أنه [تبطل الهبة بموت الواهب أو بفقد أهليته للتصرف قبل قبول الموهوب له]

(٢) نقلاً عن الوسيط للسهنورى ١٨٧/١

علمه القبول فإن العقد لن يتم وأما في حالة موت القابل قبل أن يصل القبول إلى علم الموجب فإن القبول سيصل إلى علم الموجب وقد جعل القانون في هذه الحالة لإرادة القابل وجوداً حكماً رغم موته .

٧٤ - تحديد وقت تمام العقد بالمراسلة بين غائبين :

حدد القانون المدني المصري الحديث هذا الوقت تطبيقاً للقاعدة آفة الذكر (م ٩١) وهي أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه فنصت المادة ٩٧ على الآتي : [١ - يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضى بغير ذلك ٢ - ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول] فالأصل هو علم الموجب بالقبول ويعتبر وصول القبول إليه قرينة على علمه به ولكنها قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس من الموجب ، وهذا النص من جهة أخرى ليس أمراً فهو مفسر لإرادة المتعاقدين : يدل على ذلك ما جاء بالمادة « ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يدل على غير ذلك » أي يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على تحديد مكان وزمان لإتمام العقد غير مجلس علم الموجب بالقبول .

وبذلك يكون القانون المصري الحديث قد اختار مذهب العلم بالقبول تمام العقد ، هذا وقد تأرجحت القوانين المختلفة بين أربعة مذاهب : ١ - مذهب إعلان القبول أي مجرد إعلان القابل قبوله للإيجاب . ٢ - مذهب تصدير القبول أي قيام القابل بتصدير القبول فعلاً إلى الموجب بإرسال رسول أو برقية أو خطاب بالبريد . ٣ - مذهب تسليم القبول : أي تسليم القبول للموجب بصرف النظر عن علمه به أو عدم علمه . ٤ - مذهب العلم بالقبول .

وقد أخذ كل من القانون الألماني والقانون الأسباني والقانون الإيطالي بمذهب العلم بالقبول .

وأخذ قانون الالتزامات السويسري بمذهب تصدير القبول وأخذ القانون السوري بمذهب إعلان القبول .

٧٥ - مقارنة بين وقت تمام العقد بالمراسلة في الفقه الإسلامي وبين وقته في القانون ومدى تأثير القوانين في أوروبا بالفقه الإسلامي في هذا الشأن :

سبق أن رأينا أن جمهور الفقهاء يذهبون إلى أن العبرة بتاريخ ومكان إعلان القبول^(١) ولكننا وجدنا نقولاً للحنفية تفيد بالآتي : [شرط سماع كل من المتعاقدين عبارة الآخر حقيقة أو حكماً ... لأن الكتاب كالخطاب]^(٢) أي أنهم يأخذون بمذهب العلم بالقبول ، ومن هذا يتضح أن الفقه الإسلامي سبق جميع القوانين الوضعية بأكثر من ألف عام في تحديد وقت تمام العقد بين غائبين ، والواقع أن ما ذكره الفقه الإسلامي في هذا الشأن هو أساس جميع النظريات المتعددة التي ظهرت في القوانين الوضعية في أوروبا فيما يتعلق بتحديد وقت تمام العقد بالمراسلة بين غائبين فالفقه الإسلامي جاء بالفكرتين الرئيسيتين لهذه المسألة - وهما فكرة إعلان القبول وفكرة العلم بالقبول وقد لاحظ شراح القانون هذه الرئاسة لهاتين الفكرتين وفي هذا يقول السنهوري : [والواقع أن المذهبين الرئيسيين هما مذهب إعلان القبول ومذهب العلم بالقبول وما عداهما فمتفرع عنهما ويرد إليهما]^(٣) وذلك لأن إعلان القبول

(١) يراجع بند ٤٩ من هذا البحث

(٢) حاشية يعقوب على شرح الوقاية (مخطوط) ص ٥١ ويراجع حاشية ابن عابدين

٢١/٣ مجمع الأنهر ١/٣٢٠ وقد ذكرنا أقوالهم بيند ٤٩ السابق

(٣) الوسيط للسنهوري ١/٢٤٣.

يتفرع عنه تصديره والعلم بالقبول يتفرع عنه وصوله قبل العلم به ومما يجب أن يلاحظ هنا أنه حينما قال الفقه الإسلامي بإعلان القبول والعلم بالقبول منذ أكثر من أربعة عشر قرناً لم يكن القانون الروماني (وهو أرقى قانون وضعي في ذلك الوقت) يعرف شيئاً عن هذه الأمور بل أن فكرة العقد نفسها كانت مضطربة للغاية عند علماء القانون في ذلك الوقت وفي هذا يقول شفيق شحاتة في كتابه عن القانون الروماني : [على أن هذا كله لا يفيد أن العقد كان في العصر الذهبي للقانون الروماني عبارة عن توافق ما بين إرادتين ويبدو أن العقد في لغة فقهاء هذا العصر هو كل عمل قانوني يترتب عليه أثر ولذلك فإن تصوير العقد على أنه توافق ما بين إرادتين تصوير بعيد عن أذهان فقهاء الرومان فالعقد هو ذلك العمل الذي يأتيه الشخص فيلتزم بموجبه وقد يكون هذا العمل هو عبارة عن تلفظه ببعض: الألفاظ المقررة كما قد يكون عبارة عن كتابة خطية صادرة منه أو عبارة عن تسلمه لأشياء متى كان هذا التسليم قد أدخل بالتوازن المالي ما بين ذمته المالية وذمة الطرف الآخر وفي هذا التصوير لا ينظر إلى واقعة اتصال الإيجاب بالقبول وإلى واقعة التراضي ولكن ينظر إلى كل طرف من طرفي العقد على حده فينشأ الالتزام في ذمة كل منهما بسبب العمل الذي أدى إليه]^(١) .

ومن هذا يتضح لنا أن القوانين في أوروبا لا بد أن تكون قد استفادت من الفقه الإسلامي في تحديد وقت تمام العقد لأن القانون الروماني وهو المصدر الأصلي للقوانين الأوروبية فقير ومعدم من هذه الناحية . وقد سبق أن بينت مدى اتصال أوروبا بالفقه المالكي ثم الشافعي غرباً عن طريق الأندلس وبالفقه الحنفي ثم الشافعي شرقاً عن طريق تركيا .

(١) نقلاً عن كتاب نظرية الالتزامات في القانون الروماني لشفيق شحاتة ص ٧٥

٧٦ - القانون المدني المصري يصرّح بأخذ فكرة مجلس العقد عن الشريعة الإسلامية :

لم تعرف القوانين الأوروبية (ولا الروماني من باب أولى) تلك الفكرة الدقيقة المحكمة المتعلقة بمجلس العقد والتي صاغها الفقه الإسلامي أخذاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولذلك لجأ واضعو القانون المدني المصري إلى الشريعة الإسلامية للأخذ بفكرة مجلس العقد وصرحوا بذلك فجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : [إن الإيجاب إذا وجه لشخص حاضر وجب أن يقبله من فوره وينزل الإيجاب الصادر من شخص إلى آخر بالتليفون أو بأية وسيلة مماثلة منزلة الإيجاب الصادر إلى شخص حاضر وقد أخذ المشروع في هذه الصورة عن المذهب الحنفي قاعدة حكيمة وتنص على أن العقد يتم ولو لم يحصل القبول فوراً إذا لم يصدر قبل افتراق المتعاقدين ما يفيد عدول الموجب عن إيجابه في الفترة التي تقع بين الإيجاب والقبول وقد رأى من المفيد أن يأخذ المشروع في هذه الحدود بنظرية الشريعة الإسلامية في اتحاد مجلس العقد^(١) وأما القوانين الأوروبية الحديثة فهي لا تعرف مجلس العقد بالمعنى المعروف في الفقه الإسلامي ولذلك تشترط صدور القبول فور صدور الإيجاب حتى يمكن أن يتم العقد وهذا تصور قانوني معيب للغاية لأنه يوقع الناس في ضيق وحرَج بالغين لأن المرء إذا أراد أن يبرم عقداً عليه أن يسارع بالقبول وقد يعرض نفسه إلى خسارة بالغة إذا تهور في القبول أو قد تضيع منه الصفقة إذا تأنى وتأخر في القبول .

ويلاحظ هنا أن الدكتور السنهوري (وهو واضع مشروع القانون المصري) ذكر الآتي : [أما المذهب المالكي فيشترط الفورية كالمذهب

(١) يراجع مجموعة الأعمال التحضيرية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري

الحديث ٤٢/٢

الشافعي ويمنع خيار المجلس كالمذهب الحنفي وهذا هو مذهب القوانين الحديثة (كالقانون السويسري والقانون الألماني) ولم يختره القانون الجديد لما ينطوي عليه من ضيق وحرَج [١] وما ذكره د / السنهوري عن المذهب المالكي غير صحيح بالنسبة إلى الفورية لأن المالكية يصرحون بعدم اشتراط الفورية : جاء في حاشية الدسوقي ما يأتي : [ولا يضر في البيع الفصل بين الإيجاب والقبول إلا أن يخرجنا عن البيع إلى غيره عرفاً] [٢] هذا ويرجع الفضل في معرفة مجلس العقد إلى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم الصحيح فقد روى عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم « إذا تباع المتبايعان فكل منهما بالخيار من بيعه ما لم يتفرقا ... » [متفق عليه] وبهذا بين الرسول صلى الله عليه وسلم أن مجلس العقد يظل قائماً حتى يتفرق المتعاقدان وظاهر الحديث أن التفرق يكون بالأبدان ولكن بعض الفقهاء توسعوا وذكروا أن انفضاض المجلس يمكن أن يكون بالقول قبل تفرق الأبدان إذا انشغل أحدهما أو كلاهما عن العقد بأمر آخر .

هذا وقد سبق وبيننا [٣] أن تحديد مجلس العقد بالتفرق بالأبدان هو الأصح ومن أقوى الأدلة على ذلك أن ابن عمر وهو راوي النص كان إذا بايع رجلاً فأراد ألا يقيله قام فمشى هنيهة ثم رجع . وسبق أن ذكرنا أيضاً أن الشافعية والحنابلة وقفوا عند حد التفرق بالأبدان في تحديد مجلس العقد وأن الحنفية والمالكية توسعوا في هذا الأمر فقالوا بأن المجلس قد ينفذ بالانشغال عن العقد قبل التفرق بالأبدان . والذي يهمننا هنا هو أن نبين أن بعض القوانين الحديثة (مثل القانون المصري) أخذت عن الشريعة الإسلامية

(١) نقلاً عن الوسيط للسنهوري ٢١٥/١ هامش ١

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٥/٣ وانظر أيضاً مواهب الجليل ٢٤٠/٤ ويراجع أيضاً بندي ٥٧،٥٦ من هذا البحث.

(٣) يراجع ما سبق من بند ٥٩ إلى بند ٦٤ من هذا البحث

فكرة مجلس العقد التي لا تعرفها القوانين الأوروبية الحديثة (فضلاً عن القديمة من باب أولى) إلى يومنا هذا .



□ الفصل الثاني □

الركن الثاني للعقد : العاقدان أو العاقد الفرد

○ المبحث الأول ○

العاقدان أو العاقد الفرد في الفقه الإسلامي

٧٧ - تمهيد :

لما كان العاقدان أو العاقد يلزم نفسه بموجب العقد أمام الغير سواء أكان هذا الغير طرفاً في العقد أم كان أجنبياً عن العقد في حالة العقد بالإرادة المنفردة فلما كان ذلك كذلك فإنه كان من الضروري حماية العاقد من آثار تصرفاته إذا كانت إرادته غير صحيحة بسبب صغر السن أو إذا شاب هذه الإرادة عيب من عيوب الرضا كالغلط أو التدليس أو الإكراه وقد بين الله تعالى في كتابه العزيز أن الإنسان لا يستطيع أن يتصرف في ماله إلا إذا كان ذا إرادة صحيحة وهو لا يكون كذلك إلا إذا بلغ سن النكاح رشيداً قال تعالى : ﴿ وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ﴾ [النساء : ٦] ومن ثم فإننا سندرس في هذا المبحث - بإذن الله تعالى الأهلية وعيوب الرضا والولاية .



* المطلب الأول *

أهلية العاقدين أو العاقد الفرد

٧٨ - تعريف الأهلية :

الأهلية في اللغة هي الصلاحية : يقال فلان أهل لهذا العمل أى صالح له وجدير به^(١) وأما الأهلية في الاصطلاح الفقهي فهي تنقسم إلى أهلية وجوب وأهلية أداء .

٧٩ - أهلية الوجوب :

هي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه وهي وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له وما عليه^(٢) فالصلاحية لوجوب الحقوق المشروعة للشخص معناها صلاحية الشخص لإلزام غيره (برضاه)^(٣) ، والصلاحية لوجوب الحقوق المشروعة على الشخص معناها صلاحيته للالتزام قبل غيره وأهلية الوجوب تثبت للشخص كاملة بشقيها (الإلزام والالتزام) إذا انفصل عن أمه حياً ، وأما الجنين في بطن أمه فله أهلية وجوب ناقصة تقتصر على شق الإلزام وحده فهو قابل لأن تثبت له الحقوق دون أن تثبت عليه ، وأهلية الوجوب تتعلق بذمة الإنسان ، والذمة اصطلاح فقهي يتعلق بكل إنسان يولد حياً فهي وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له وما عليه أى هي وصف يجعل كل إنسان حتى يتمتع بأهلية وجوب كاملة . وأصل الذمة في

(١) ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير ، أساس البلاغة.

(٢) كشف الأسرار على البزدوى ١٣٥٧/٤ وما بعدها.

(٣) أو برضا وليه إن كان صغيراً أو بموجب النص الشرعي كالإرث مثلاً.

اللغة : العهد ويقول فخر الإسلام البزدوى : [والذمة نفس لها عهد وأن
الآدمي لا يخلق إلا وله هذا العهد ، أى لا يخلق إلا وهو أهل للإيجاب
والاستيجاب بناء على العهد الذى جرى بين الرب والعبد كما تشير اليه الآيات
الكريمات : ﴿ وإذ أخذ ربك من بنى آدم من ظهورهم ذريتهم وأشهدهم
على أنفسهم ﴾ [الأعراف : ١٧٢] . ﴿ وكل إنسان ألزمناه طائره فى
عنقه ﴾ [الإسراء : ١٣] . ﴿ إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض
والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الإنسان ﴾ [الأحزاب :
٧٢] . فقد ثبت للناس بسبب هذا العهد ذمة كانوا بها أهلاً للوجوب [(١)
وعلى ذلك فأهلية الوجوب تكون كاملة لكل إنسان ولد حياً فكل إنسان
سواء أكان صبياً غير مميز أم مجنوناً أم معتوهاً له أهلية وجوب كاملة بصرف
النظر عن قدرة هؤلاء على التصرف فى أموالهم . لأن الذى يتصرف عنهم
هم أولياؤهم ومن ثم فإن ذمة هؤلاء صالحة لقبول كل الالتزامات المترتبة
على التصرفات التى يقوم بها أولياؤهم وتكون صحيحة شرعاً ومن ثم فإن
الحقوق التى تترتب بناء على العقود التى أبرمها الولي عن القاصر فى حدود
ولايته تجب فى مال القاصر ويدخل فى ذلك المهر المترتب على عقد زواج
القاصر وفى الجملة كل الالتزامات المالية التى تنشأ بأسباب يتولاها الولي أو
الوصي وإذا بلغ القاصر قبل الوفاء بهذه الالتزامات فإنه يلزم بالوفاء بها .
وهذا الحكم يصدق أيضاً على عديم أهلية الأداء مثل الصبى غير المميز والمجنون
ويثبت فى ذمة هؤلاء ضمان ما يتلقونه من أموال لأن ذمة هؤلاء صالحة
لوجوب كل ما هو من الحقوق المالية المستحقة للغير لأن عديم أهلية الأداء
يعتبر كامل أهلية الوجوب ما دام قد ولد حياً وإذا قتل الطفل أو المجنون
فإنه لا يقتص منه ولكن يتحمل فى ماله دية القتل إذا لم يكن له عاقلة ولم

(١) كشف الأسرار على البزدوى ١٣٥٧/٤ وما بعدها.

يلتزم به بيت المال^(١) وهذا معنى قول الفقهاء (عمد الطفل أو المجنون خطأ) وإلى جانب ذلك تصح عقود ناقص الأهلية (كالصبي المميز) إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً مثل قبول الهبة أو الوصية ويثبت في ذمتهم ما يعد من مئونة المال فيجب في أموالهم الخراج والعشر لأن الخراج شرع أصلاً مئونة لحماية الأموال والأنفس والأعراض، وإذا كانت العقود ضارة ضرراً محضاً فهي لا تصح أبداً وأما العقود الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإجارة وما أشبه ذلك فهي تعتبر باطلة عند الشافعية وموقوفة على إجازة الولي أو الوصي عند الجمهور^(٢) وأما الصبي المأذون له بالتجارة فتصح تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر في حدود ما أذن له به .

٨٥ - أهلية الوجوب والذمة لغير الآدمي : الشخص الاعتباري

أو الحكمي :

أجمع الفقهاء على أن أهلية الوجوب والذمة لا تثبتان لغير الآدمي كالبهائم والدواب وبالتالي لا تصح الهبة لها لأنها تملك وهي ليست أهلاً للتملك كما لا يصح أن يوصى لها ولا أن يوقف عليها ولكن تصح هذه التصرفات لصالح مالكتها للإتفاق عليها^(٣) . هذا وقد افترضت الشريعة - في بعض الأحيان - أهلية الوجوب لغير الإنسان كبيت المال فهو وارث من لا وارث له ويجب فيه نفقة الفقراء الذين لا يوجد لهم من تجب عليهم نفقتهم وغير ذلك من التكاليف المالية الواجبة في بيت المال وقد أجاز الفقهاء من المذاهب الأربعة للإمام أن يستدين على بيت المال عند الحاجة إذا ما خلا

(١) هذا عند غالبية الفقهاء ما عدا ابن حزم.

(٢) وهذا سيفصل فيما بعد إن شاء الله تعالى.

(٣) يراجع في هذا حاشية ابن عابدين ٤٦٩/٥ ، ونهاية المحتاج ٣٦١/٥ المغني لابن

قدامة (الوصية).

من المال وهذا كله لا يستقيم إلا إذا اعترفنا لبيت المال بذمة خاصة به^(١) وقد صرح الفقهاء بعدة أحكام بشأن الوقف لا يمكن تخرجها إلا إذا افترضنا للوقف ذمة منفصلة عن ذمة الموقوف عليهم وعن ذمة ناظر الوقف فمع أن الإجارة تنفسخ بموت المستأجر أو المؤجر عند الحنفية إلا أنه إذا مات ناظر الوقف أو عزل وكان قد أجر أعيان الوقف فلا تبطل الإجارة وهذا لا يتأتى إلا على أن المؤجر ليس هو الناظر وإنما هو الوقف الذي يمثله الناظر^(٢) وقد علل الحنفية هذا بقولهم: [لا تبطل الإجارة لأن الإجارة وقعت للموقوف فلا تبطل بموت العاقد كما لا تبطل بموت الوكيل في الإجارة]^(٣) فالحنفية يصرحون بأن المؤجر هنا هو الموقوف أى الوقف وأن الناظر مجرد وكيل ومقتضى هذا أن الوقف له شخصية حكمية أو اعتبارية مستقلة عن شخصية الناظر وكذلك عن شخصية الموقوف عليهم لأن موت هؤلاء لا يؤثر على إجارة الوقف بلا خلاف . هذا ويلاحظ أن الشافعية في اعترافهم بالشخصية الحكمية أو الاعتبارية أظهر من الحنفية الذين يصرحون بأن الوقف لا ذمة له^(٤) ومع ذلك فهم يثبتون له أحكاماً (كما أسلفنا) لا تصح إلا مع ثبوت الذمة للوقف وأما الشافعية فهم يصرحون بالذمة للمسجد فيقولون [إن الوصية للمسجد صحيحة وإن أريد بها تمليكك]^(٥) وعللوا ذلك [بأن المسجد في منزلة حر يملك]^(٦) وقالوا أيضاً [إن المملوك للمسجد بشراء

(١) انظر الفتاوى الهندية ١/١٩١.

(٢) حاشية ابن عابدين ٤٧/٥ وما بعدها.

(٣) الفتاوى الخانية للأوزجندی ٣/٣٣٤ مطبوع بهامش الفتاوى الهندية.

(٤) حاشية ابن عابدين ٤٧٠/٥.

(٥) نهاية المحتاج للرملي ٣/١١٦.

(٦) نهاية المحتاج للرملي ٣/١١٦.

يصح بيعه مطلقاً^(١) وهذا ليس له من معنى إلا أن المسجد له ذمة مالية مستقلة فهو يملك بعقد الشراء الذي يباشره عنه ناظره ومن ذلك أيضاً ما ذكره الشيخ زكريا الأنصاري: [ولو كان للمسجد شقص من أرض مشتركة مملوكة له بشراء أو هبة ليصرف في عمارته ثم باع شريكه نصيبه في تلك الأرض فللقيم على المسجد أن يشفع ويأخذ حصة الشريك بالشفعة إن رأى ذلك مصلحة كما لو كان لبيت المال شريك في أرض فباع شريكه نصيبه فيها فللإمام الأخذ بالشفعة إن رآه مصلحة]^(٢) فهذه الأقوال للشافعية تصرح بأن كلاً من المسجد وبيت المال يملك أى لكل منهما ذمة خاصة به وعلى ذلك يمكن إثبات الذمة (والشخصية الحكمية) لجميع المؤسسات التي يرى ولي الأمر إضفاء صفة الشخصية الحكمية أو الاعتبارية عليها فيدخل في ذلك الشركات والمستشفيات والجامعات وغير ذلك وهذا هو الحكم عند المالكية أيضاً إلا أنهم في بعض كتبهم^(٣) - مثل الحنفية - ينفون أهلية الملك عن المسجد وقصدتهم من هذا هو الأهلية الحقيقية لأن الأهلية أو الشخصية الحقيقية لا تثبت إلا للشخص الآدمي وحده وهم يقصدون من إثبات الأهلية رغم ذلك للمسجد وبيت المال الأهلية للملك الحكمية أى الشخصية الحكمية أو الاعتبارية وهم ينصون على ذلك في كتبهم فقد جاء في منح الجليل: [للسلطان باعتباره ناظر بيت المال أن يأخذ بالشفعة إذا كان لبيت المال شقص بسبب ميراث مثلاً عندما يبيع الشريك]^(٤) ويتضح من هذا الكلام أن بيت المال يملك بالميراث ويملك بغيره وأن له أن يطالب بتملك العقار بالشفعة وفي منح الجليل أيضاً: [سئل

(١) نهاية المحتاج للزملي ٣٧٠/٥.

(٢) أسنى المطالب على شرح روض الطالب للشيخ زكريا الأنصاري.

(٣) انظر منح الجليل للشيخ عليش ١١٤/٤.

(٤) منح الجليل للشيخ عليش ٥٨٤/٣.

ابن زرب عمن تصدق أو وهب لمسجد بعينه هل يجبر على إخراجها وإنفاذها (أى الهبة أو الصدقة) فقال : يجبر كمتصدق على رجل بعينه [١].

ويقول الزرقاني أيضاً أن الوقف أهل للتملك حقيقة كزيد والفقراء أو حكماً كقنطرة أو مسجد [٢] هذا وقد أجاز الحنابلة الوصية للمسجد وقالوا إنه لا يشترط في تمامها قبول الناظر عليه [٣] هذا وقد أجاز الفقهاء الوصية والوقف على من لم يخلق وأبقوا ذمة المتوفى مشغولة بالدين إذا كان له مال ، وجوزوا الوصية والوقف على الفقراء والمساجد والمستشفيات والجهات وأثبتوا الإرث للجنين متى تحقق أو غلب على الظن وجوده في بطن أمه عند موت المورث وهذه الأحكام كلها لا تقوم إلا على أساس أهلية الوجوب والذمة الحكيميتين وهو ما يقابل في الاصطلاح الحديث الشخص الاعتباري أو الحكمي .

هذا والأقوى من ذلك كله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أشار إلى التفرقة بين شخصية الدولة وشخصية الموظف الذي يمثلها في حديث ابن التبية المعروف والذي قال فيه صلى الله عليه وسلم : « ما بال عامل أبعثه فيقول هذا لكم وهذا أهدي لي أفلا قعد في بيت أبيه أو في بيت أمه حتى ينظر أيهدى إليه أم لا والذي نفس محمد بيده لا ينال أحد منكم منها شيئاً إلا جاء به يوم القيامة يحمله على عنقه » [٤] فهذا الحديث الصحيح يفيد بأن الهدية المعطاة للموظف بمناسبة وظيفته تؤول إلى الدولة ولا يستحقها وهذا يلزم منه أن تكون شخصية الموظف مختلفة ومستقلة عن شخصية الدولة التي يمثلها أو يمثل سلطته من سلطاتها ، وصفته باعتباره ممثلاً للدولة أو

(١) منح الجليل للشيخ عيش ١١٤/٤ .

(٢) شرح عبد الباقي الزرقاني على خليل .

(٣) كشف القناع للبهوتي ص ٥٠٢ .

(٤) رواه البخاري كتاب الأحكام الباب ٢٤ ومسلم كتاب الإمارة .

لإحدى سلطاتها تغلب صفته الشخصية فيما يتعلق بالأموال التي يأخذها بمناسبة وظيفته ، وهذا يقتضى الاعتراف للدولة وما يتفرع عنها من سلطات عامة بالشخصية الحكمية أو الاعتبارية فهذه هي دلالة الحديث المذكور بطريق الإشارة .

٨١ - أهلية الأداء :

هي صلاحية الشخص المكلف لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعاً^(١) أو هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه والتزاماته المخولة له طبقاً لأهلية الوجوب الثابتة له ، فأهلية الأداء هي قابلية الشخص لأن يتصرف بنفسه في مباشرة الحقوق والالتزامات التي ترتبت على تمتعه بأهلية الوجوب . وتعتبر أهلية الوجوب أثر من آثار الذمة اللصيقة بكل إنسان حي ، وأما أهلية الأداء فهي أثر من آثار العقل الذى يمنح الشخص القدرة على التمييز والرشد فى الأمور الذى هو مناط القدرة على التصرف قال تعالى : ﴿ وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ﴾ [النساء : ٦] .

٨٢ - مراتب أهلية الأداء :

● أولاً : أهلية الأداء المعدومة :

وهي تكون فى حالة انعدام التمييز كالمجنون والصبي غير المميز وتصرفاتهما باطلة لا يعتد بها بالإجماع .

● ثانياً : أهلية الأداء الناقصة :

وهي تثبت لكل شخص بلغ السابعة من عمره بشرط أن يكون مميزاً

(١) انظر علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ص ١٤٩ وما بعدها.

ويستمر على ذلك حتى بلوغ الحلم ، والعقود بالنسبة إلى الصبي المميز (ناقص الأهلية) ثلاثة أقسام :

● **القسم الأول :** العقود النافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة والوصية فهي تنعقد صحيحة نافذة بعبارة دون حاجة إلى أى إذن وهذا بالإجماع .

● **القسم الثانى :** العقود الضارة ضرراً محضاً وهى لا تنعقد أصلاً (كما فى حالة عديم الأهلية) بالإجماع أيضاً وهذا مثل أن يقرض الصبي المميز غيره مالاً أو يهبه شيئاً أو يضمن غيره فى دين .

● **القسم الثالث :** العقود الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإجارة وما يقاس عليها فهذه اختلف فيها الفقهاء فذهب الحنفية والمالكية وأحمد فى رواية^(١) الى أن هذه العقود تكون صحيحة غير نافذة أى موقوفة على إجازة الولى أو الوصى إذا لم يكن قد أذن له فيها من قبل لأن الإجارة اللاحقة كالإذن السابق ، ويرى الشافعية والحنابلة فى رواية أخرى أن العقد يكون باطلاً^(٢) .

● ثالثاً : أهلية الأداء الكاملة :

إذا بلغ الصبي الحلم عاقلاً رشيداً ثبتت له أهلية الأداء كاملة ودفعت اليه أمواله وزالت عنه الولاية أو الوصاية من غير توقف على إذن أو حكم من القاضى^(٣) ، ويقال مثل ذلك فى حالة الصبية إذا بلغت الحيض ، ولم تحدد الشريعة سناً معينة للبلوغ لأن هذا أمر يختلف باختلاف الأماكن والمناخ ، ولكن اذا تأخر البلوغ واكتمل العقل والرشد فان المكلف يتمتع

(١) المبسوط للسرخسى ١٨٢/٢٤ ، البدائع ١٤٨/٥ ، بداية المجتهد لابن رشد ٤١/٢ - كشف القناع ١٥٧/٣

(٢) معنى المحتاج للشريينى ١٥/٢ ، المعنى لابن قدامة ٢٠٥/٤

(٣) المبسوط للسرخسى ١٦١/٢٤ ، المعنى ٤٥٦/٤

بأهلية أداء كاملة لأن البلوغ مظنة لاكتمال العقل فإذا اكتمل فعلاً ولم يحصل البلوغ مع وصول المكلف إلى السن التي يحصل فيها البلوغ عادة (مع مراعاة اختلاف المكان والمناخ) فيعتبر بالغاً حكماً وقد اختلف الفقهاء في تحديد السن التي يعتبر فيها المكلف بالغاً حكماً ولو لم يبلغ حقيقة وقد ذهب كثير من الفقهاء إلى تحديد هذه السن ببلوغ خمس عشرة سنة للغلام أو الجارية وهذا هو رأى الشافعي وأحمد وصاحبي أبي حنيفة^(١) وعند أبي حنيفة^(٢) سن البلوغ سبع عشرة سنة للجارية وثمانى عشرة سنة للغلام ، وعند مالك^(٣) سبع عشرة سنة لهما . وما دام الشارع لم يحدد سناً معينة لمظنة البلوغ فإن هذا الأمر متروك لتحديده لولى الأمر يستهدى فيه بالعرف الجارى وبظروف المكان والمناخ .

٨٣ - عوارض الأهلية : العوارض التي تعدم الأهلية :

عوارض الأهلية بصفة عامة هي الأمور التي تعترض أهلية الأداء فتعدمها أو تنقصها ، فالتى تعدمها هي الجنون والعتة وقد عرف بعض الفقهاء الجنون بأنه : [آفة تحل بالدماغ فتبعث على الإقدام على ما يضاد العقل من غير ضعف فى أعضائه ويسقط به كل العبادات المحتملة للسقوط كالصلاة والصوم ولا تسقط عنه ضمان المتلفات]^(٤) فالجنون يعدم الأهلية فيصبح الشخص كالصبي غير المميز تصرفاته كلها باطلة والعتة آفة أقل من الجنون فهي تجعل صاحبها يتصرف تارة كالجنون ويتصرف تارة أخرى كالصبي المميز ولذلك ينجد غالبية الفقهاء يعتبرون المعتوه كالصبي المميز وذهب فقهاء

(١) شرح المنهاج للمحلى ١٥٥/٢ وما بعدها ، المغنى لابن قدامة ٤٥٩/٤ وما بعدها .

(٢) البدائع ١٧٢/٧ .

(٣) شرح الزرقاني على خليل ١١٢/٦ وما بعدها .

(٤) شرح المنار لابن ملك ص ٩٤٥ .

آخرون إلى اعتباره في حكم المجنون إذا كانت تصرفاته تدل على ذهاب عقله وإلا فإنه يعتبر كالصبي المميز إذا كانت تصرفاته تدل على بعض العقل^(١).

٨٤ - العوارض التي تجعل الأهلية ناقصة :

هذه العوارض متعددة وهي : السفه ، والغفلة ، واستغراق الدين ، ومرض الموت ونبين كلاً منها فيما يلي .

٨٥ - السفه :

السفه خفة تعترى الشخص فتحمله على العمل باختياره على خلاف موجب العقل رغم وجوده^(٢) وهذا لا ينافي الأهلية إلا بالنسبة إلى التصرفات المالية فقط ، فالسفيه يعتبر كامل الأهلية بالنسبة إلى تكليفه بالعبادات جميعها ، وهو مؤاخذ على كل ما يرتكبه من جنایات كما أن وقفه ووصيته وزواجه وطلاقه صحيح ، ولكن نظراً لعدم إحسانه في تدبير المال وتبذيره على خلاف مقتضى الشرع والعقل أجاز جمهور الفقهاء - ما عدا أبا حنيفة وزفر والنخعي - الحجر عليه لمنع من التصرف في ماله وأما أبو حنيفة - ومن نحا نحوه - فهو يرى أنه لا يجوز الحجر على الحر البالغ إذا بلغ مبلغ الرجال ببلوغ الخامسة والعشرين ولو كان أفسق الفساق .

وللسفه حالان :

● الأولى : أن يبلغ الشخص سفيهاً .

● والثانية : أن يبلغ الشخص رشيداً ويتولى أمر نفسه ثم يصيبه السفه بعد ذلك . وقد اتفق العلماء على أن السفيه لا يعطى له ماله بل يمنع منه ومن التصرف فيه عملاً بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ ﴾

(١) شرح المنار ص ٩٥٠ .

(٢) التوضيح والتلويح ٣٨١/٢ ، كشف الأسرار ١٤٨٩/٤ .

[النساء : ٥] وقد اتفق أبو حنيفة مع سائر الأئمة في عدم دفع المال إلى السفية في الحالة الأولى ، ولكن روى عنه روايتان بالنسبة إلى تصرفات السفية وعقوده ففي رواية أن هذه التصرفات لا تصح أيضاً ، وفي رواية أخرى أنها تصح وإنما يمنع فقط من تسلم أمواله ، ولكن إذا بلغ الخامسة والعشرين ولم يزل سفياً - فإنه يستطيع - عند أبي حنيفة وزفر والنخعي - أن يتصرف في أمواله كيف يشاء وتصح تصرفاته وعقوده لأنه يبلوغ الخامسة والعشرين لا ينفع فيه زجر ولا تأديب وقد روى عن أبي حنيفة أنه قال بشأن السفية : [إذا بلغ الخامسة والعشرين احتمال أن يكون جداً فأنا أستحي أن أحجر عليه]^(١) فالأصل عند الإمام أبي حنيفة أن السفه ليس سبباً في نقص الأهلية سواء أبلغ سفياً أم بلغ رشيداً ثم أصابه السفه بعد ذلك .

● وقد استدل لمذهب أبي حنيفة بشأن السفية بما يأتي :

● أولاً : عموم الآيات الواردة بشأن العقود والعهود مثل قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ [المائدة : ١] وقوله تعالى : ﴿ وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً ﴾ [الإسراء : ٣٤] . فالخطاب عام لكل المسلمين ، ولا ريب أن المبذرين والسفهاء داخلون في عموم المؤمنين من غير خلاف بين علماء المسلمين فهم مطالبون بالوفاء بعقودهم وعدم النكث في عهودهم فهذه نصوص صريحة قاطعة في دلالتها ولا يجوز تخصيصها إلا بنصوص في قوتها ومن ثم فإن عقود المبذر لماله يجب الوفاء بها فلا يصح الحجر عليه وأهليته كاملة .

● ثانياً : يستدل لمذهب أبي حنيفة أيضاً بما رواه قتادة عن أنس بن مالك [أن رجلاً (حبان بن منقذ) كان يبتاع وفي عقده ضعف فأتى به

(١) كشف الأسرار ٤/١٤٩٠ - شرح المنار ص ٩٨٩ بدائع الصنائع ٧/١٧١ .

أهله نبي الله صلى الله عليه وسلم فقالوا : يا نبي الله احجر على فلان فإنه يبتاع وفي عقده ضعف فدعاه النبي صلى الله عليه وسلم فنهاه عن البيع فقال : يا نبي الله إني لا أصبر عن البيع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن بعت فقل ها ، وها ولا خلافة ولك الخيار ثلاثاً »^(١) فاستدلوا هنا بامتناع النبي صلى الله عليه وسلم عن الحجر عليه رغم ضعفه وأنه كان يغبن في البياعات (وهذا من السفه أو الغفلة) فيستدل بذلك على عدم جواز الحجر على السفه .

● **ثالثاً :** أن السفه باتفاق الفقهاء غير محجور من عقد الزواج بمهر المثل وغير محجور من الطلاق وهذا دليل على كمال الأهلية ومن جهة أخرى فإن إقرار السفه بما يوجب حداً أو قصاصاً جائز ويحد ويقتص منه بمقتضى هذا الإقرار بإجماع الفقهاء^(٢) فكيف يسوغ أن ينفذ عقده في الزواج وإقراره في الحد والقصاص ولا ينفذ عقده فيما يتعلق بماله .

● **رابعاً :** أن الله تعالى كرم الإنسان قال تعالى ﴿ ولقد كرّمنا بني آدم وجعلناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات ﴾ [الإسراء : ٧٠] والحجر على السفه فيه إهدار لهذه الكرامة في نظر أبي حنيفة رحمه الله . وذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة معهم أبو يوسف ومحمد (صاحباً أبي حنيفة) إلى أن السفه في الحالين يحجر عليه^(٣) ويأخذ السفه

(١) أخرجه أحمد وأصحاب السنن وقد ورد في الصحيحين عن عبد الله بن عمر البخاري في كتاب البيوع باب ٤٨ ، مسلم كتاب البيوع

(٢) تكملة فتح القدير ٣١٤/٧ ، وبلغة السالك للصاوي ١٣٠/٢ ونهاية المحتاج ٣٧٠/٤ ، المغنى لابن قدامة ٥٢١/٤ .

(٣) شرح الزرقاني ٢٩٤/٥ وما بعدها بداية المجتهد ٢٧٩/٢ وما بعدها - مغنى

المحتاج ١٦٨/١ وما بعدها نهاية المحتاج ٣٥٦/٤ - المغنى لابن قدامة ٥٠٥/٤ وما بعدها .

عند الجمهور في تصرفاته حكم الصبي المميز إلا في العقود التي لا يؤثر فيها الهزل وهي الزواج والطلاق والرجعة ولكن لا يجوز أن يزيد في نكاحه عن مهر المثل وعند الشافعي لا يصح نكاح السفية بغير إذن وليه وأجاز الفقهاء وقف السفية على نفسه ومن بعده على ذريته وكذا وصيته في حدود الثلث لأن هذه التصرفات فيها حفظ لماله وهي تنفعه في آخرته .

● واستدل الجمهور على جواز الحجر على السفية بما يأتي :^(١) .

● أولاً : قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتِطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَمِلْ لَهُ بِمَالِهِ بِالْعَدْلِ ﴾ [البقرة : ٢٨٢] . وبقوله تعالى ﴿ وَلَا تَتَّبِعُوا السَّفَهَاءَ أَمْوَالِكُمْ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا ﴾ [النساء : ٥] وقد دلت آية النساء على أن السفية لا يسلم إليه ماله وليس له التصرف في ماله وإنما يتولى وليه الإنفاق على طعامه وكسائه وهذا يدل على أنه محجور عليه لسفهه ودلت آية البقرة على أن السفية لا يتولى إبرام عقوده بنفسه وإنما يتولى ذلك عنه وليه .

هذا وقد اعترض أبو حنيفة^(٢) على هذا الاستدلال بأن المراد من السفهاء في آية النساء هم الصغار لأن (أل) هي للعهد الذكرى والمذكور هم اليتامى فهم الصغار وكذلك المراد بالسفهاء في آية البقرة ولا دليل يعين أنهم المبذرون .

والواقع أن هذا الاعتراض من أبي حنيفة ضعيف للغاية لأن الآيتين صريحتان في الحجر على السفية ولا مجال لتأويلهما .

● ثانياً : ما روى من أن عبد الله بن جعفر بن أبي طالب أتى الزبير

(١) انظر المراجع السابقة للمالكية والشافعية والحنابلة

(٢) انظر المبسوط للسرخسي ١٦١/٢٤ - تبين الحقائق للزيلعي ١٩٣/٥ .

ابن العوام فقال : إني ابتعت بيعاً ثم إن علياً يريد أن يحجر علي فقال الزبير :
فإني شريكك في البيع فأتى علي عثمان بن عفان فسأله أن يحجر علي ابن
أخيه عبد الله بن جعفر فقال الزبير : أنا شريكه في البيع فقال عثمان : كيف
أحجر علي رجل شريكه الزبير . فدل هذا على أن الحجر على السفية أمر
مسلم به عند الصحابة وهو من الشرع وإلا ما طلبه الإمام علي لابن أخيه
ولم ينكر أحد من الصحابة طلبه ولم ينكره الزبير ولا عثمان وإن كان كلاهما
قد رأى أن عبد الله لا يستحق حجراً وتصرف الزبير وعثمان يؤكدان جواز
الحجر وروى أيضاً أن عائشة بلغها أن عبد الله بن الزبير قال عنها وقد باعت
بعض رباعها فقال : لتنتهين وإلا حجرت عليها فقالت : لله علي أن لا أكلمه
أبدأ فهذا يدل على أن ابن الزبير وعائشة قد رأيا جواز الحجر على السفية .

● **ثالثاً :** أن الحكمة من الحجر على السفية واضحة وقد أشار إليها
القرآن الكريم في آية النساء آفة الذكر ، والسفيه لا يضر نفسه فقط بل
يضر زوجه وأولاده ولذلك يجب حمايته وحماية أسرته من سفهه ولذلك فإن
رأى الجمهور (في نظري) هو الأصح وأدلة الجمهور أقوى من حجج أبي
حنيفة سواء من حيث النصوص أو الاعتبار . هذا وقد اختلف الفقهاء في
وقت ابتداء الحجر على السفية فذهب مالك والشافعي والحنابلة وأبو يوسف
إلى أن الحجر لا يبدأ إلا من تاريخ حكم القاضي عليه بالسفه أى أن عقوده
قبل ذلك صحيحة^(١) وذهب محمد بن الحسن إلى أن الحجر على السفية
يكون قبل حكم القاضي بمجرد تبذيره^(٢) .

(١) بلغة السالك ١٣٨/٢ - مغنى المحتاج للشربيني ١٧٠/٢ - المغنى لابن قدامة

٥١٩/٤ كشف الأسرار ١٤٩٤/٤

(٢) كشف الأسرار ١٤٩٤/٤

٨٦ - الغفلة :

ذو الغفلة قريب من السفية لأنه يغبن في المعاملات بسبب سهولة خداع الآخرين له فهو يشبه السفية في الأحكام ويعبر عنه - أحياناً - بالضعيف أى ضعيف الرأى فى التعامل مع الناس وقد قال الله تعالى : ﴿ وإن كان الذى عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل ﴾ [البقرة : ٢٨٢] فالسفيه ضعيف الإرادة فهو يندر فى ماله وذو الغفلة ضعيف الإدراك فى المعاملات والنتيجة واحدة وهى الخسارة فى المال ولذا فإن حكم ذى الغفلة هو حكم السفية والخلاف الفقهي فيهما واحد .

٨٧ - استغراق الدين :

وهو أن يمتنع المدين بدين مستغرق لماله عن سداد دين مستحق عليه ويرى مالك والشافعى وأحمد وصاحباً أبى حنيفة أنه يجوز الحجر عليه ، ويرى أبو حنيفة أنه لا يجوز الحجر عليه ، وإنما يجسه الحاكم إذا ثبت قدرته ومطله حتى يقضى دينه^(١) .

وتقع تصرفات المدين باطلة قبل صدور حكم القاضى بالحجر عليه عند مالك لأن الحجر يتم لمصلحة الدائنين من غير توقف على قضاء فيصح لهم إبطال أى تصرف له لأن حق الغرماء قد تعلق بماله^(٢) وعند الشافعى وأحمد وصاحبى أبى حنيفة لا يمنع من التصرف إلا من وقت الحكم الصادر بالحجر عليه . واختلف المجيزون للحجر فى تكييف تصرفات المدين بعد الحجر عليه فذهب الشافعى فى قول وصاحباً أبى حنيفة إلى أن هذه التصرفات

(١) كشف الأسرار ٤/١٤٩٤

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ٢/٢٨٤ وما بعدها - مقدمات ابن رشد ٢/٢٠٠ وما

بعدها

(سواء أكانت تبرعاً أم محاباة في معاوضة) صحيحة غير نافذة أى موقوفة على إجازة جميع الغرماء وذهب مالك والحنابلة وفي قول آخر للشافعي إلى أن هذه التصرفات غير صحيحة أى تقع باطلة .

وأما أموال المحجور عليه التى اكتسبها بعد الحجر فهى لا تخضع للتفليسة فهو يتصرف فيها كيف شاء ما دام لم يقع عليها الحجر^(١) وهذا بخلاف الصبى المميز والسفيه ، ذلك أن المدين المحجور عليه هو أصلاً كامل الأهلية وإنما منع من التصرف فى أمواله لمصلحة الغير وهم الغرماء ، وأما الصبى ومن فى حكمه فهو ممنوع لمصلحة نفسه .

وإذا كان عند المدين ما يزيد على ديونه ولكن الدائنين توقعوا أن يحاول تهريب أمواله إلى غيره بطريق الإقرار له مثلاً أو البيع الصورى فإنه يحق لهم الحجر عليه ليبتلوا تصرفاته ويكون الحجر بحكم قضائى اتفاقاً^(٢) .

٨٨ - مرض الموت :

المريض مرض الموت هو الذى يصيبه مرض مخوف أى يغلب فيه الهلاك ويظل على هذه الحالة حتى يصيبه الموت ، وكل من يوجد فى حالة - غير المرض - يغلب فيها الهلاك فهو يعتبر فى حكم المريض مرض الموت وذلك كمن يوجد فى سفينة تشرف على الغرق ثم يغرق فعلاً .

وعقود المريض مرض الموت وتصرفاته إذا كانت بعوض وليس فيها محاباة فهى صحيحة نافذة سواء أكانت لوarith أم كانت لغير وارث وهذا

الجديد

(١) يراجع فى ذلك كله مقدمات ابن رشد ٢٠٠/٢ وما بعدها حاشية ابن عابدين

٨٩/٥ وما بعدها - التوضيح والتلويح ٢٢٠/٣ - ٢٢٢ - شرح المنهاج للجلال

الحلى ١٨٦/٢ ، ٢٩٩/٢ وما بعدها المغنى لابن قدامة ٤٨٥/٤ وما بعدها

(٢) المغنى لابن قدامة ٤٨٥ / ٤ وما بعدها والمراجع السابقة

عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وصاحبى أبى حنيفة^(١) وهذا هو الحكم أيضاً حتى لو زاد تصرفه فى ماله على أكثر من الثلث لأن مقابل المال المتصرف فيه قد وجد بدون محاباة ولذلك فإنه يشترط أن يكون التصرف حقيقياً وليس صورياً ويختلف أبو حنيفة مع سائر الأئمة فى هذه المسألة لأنه لا يجوز عقود المعاوضات حتى ولو كانت بغير محاباة لأنه يذهب إلى أن حق الورثة يتعلق بأعيان التركة ولذا فإنه لا يجوز للمريض مرض الموت أن يتصرف ولو بغير محاباة وأما أصحابه (أبو يوسف ومحمد) فإنهما يذهبان إلى أن حق الورثة يتعلق بقيمة التركة وماليتها فقط فما دام العقد معاوضة وليس فيه محاباة فإنه يكون صحيحاً نافذاً^(٢) وهذا هو رأى الجمهور وإذا كان التصرف بعوض صورياً فهو يلحق بالتبرعات المنجزة كما يلحق بها أيضاً التصرف بعوض إذا كان فيه محاباة والتبرعات المنجزة هى الهبة المقبوضة والصدقة والوقف والإبراء من الدين والعتق والعفو عن الجناية الموجبة للمال ، وهى تأخذ حكم الوصية ما دامت قد صدرت فى مرض الموت .

وقد اختلف الفقهاء فى حكم الوصية فيما زاد على ثلث التركة إذا كانت لأجنبى والوصية إذا كانت لوarith : فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الوصية فى كلتا الحالتين تكون صحيحة غير نافذة أى موقوفة على إجازة الورثة فى الحالة الأولى وعلى إجازة بقية الورثة فى الحالة الثانية^(٣) . وذهب بعض الحنابلة وفى قول آخر للشافعى أن

(١) شرح الزرقانى على خليل ٣٠٤/٥ وما بعدها ، شرح المنهاج للجلال ١٥٦/٣ وما بعدها - المغنى لابن قدامة ١٣٨/٦ وما بعدها حاشية ابن عابدين ٤٦٢/٤ وما بعدها

(٢) كشف الأسرار ١٤٣١/٤

(٣) حاشية ابن عابدين ٤٦٢/٤ وما بعدها - جواهر الإكليل للآبى شرح مختصر =

الوصية في مرض الموت تكون باطلة فإن أراد الورثة تصحيح هذه العقود فإن عليهم أن ينشئوها من جديد فإذا كان العقد هبة فهو يفتقر إلى شروط الهبة من اللفظ والقبول والقبض كالهبة المبتدأة^(١).

وحجة الجمهور أن تحديد الوصية لأجنبي بالثلث ومنع الوصية للوارث إنما روعي فيه حق الورثة والأصل في ذلك بالنسبة إلى الوصية إلى الأجنبي قول النبي صلى الله عليه وسلم لسعد حين قال : أوصى بمالى كله ؟ قال : « لا » فبالثلثين ؟ قال : « لا » قال فبالنصف ؟ قال « لا » قال فبالثلث . قال : « الثلث والثلث كثير »^(٢). وقوله عليه الصلاة والسلام : « إن الله تصدق عليكم بثلاث مالكم عند مماتكم »^(٣). فالباقي حق خاص للورثة ومن ملك حقاً ملك التنازل عنه ولذلك فإن إجازتهم للوصية لأجنبي فيما زاد عن الثلث هو تنازل عن حقهم في هذا الزائد وأما الأصل في عدم جواز الوصية للوارث فهو ما روى عن أبي أمامة الباهلي قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث »^(٤). وهذا يدل على أنه حق للورثة فلهم أن يجيزوا واحتج المعارضون [رواية لأحمد وقول للشافعي] بظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا وصية لوارث » فهذا يدل بظاهره على بطلان الوصية وكذلك

= خليل ٣١٨/٢ وما بعدها شرح المنهاج للجلال المحلي ١٦١/٣ - المغنى لابن قدامة ٦/٦ وما بعدها.

(١) أنظر المغنى لابن قدامة ٦/٦.

(٢) أخرجه البخارى ومسلم: البخارى كتاب الوصايا البابين ٣٤٢. ومسلم كتاب الوصية الأحاديث ١٠، ٨، ٧، ٥.

(٣) سنن ابن ماجه كتاب الوصايا باب/٥، مسند أحمد ح/٦٤١/٤٤١.

(٤) أخرجه أبو داود فى الوصايا باب ما جاء فى الوصية للوارث وذكر فى جامع

الأصول أن إسناده صحيح ٦٣٣/١١ وأخرجه الترمذى عن عمر بن خارجه

وقال حسن صحيح (فى الوصايا باب ما جاء لا وصية لوارث)

حديث سعد بن أبي وقاص في مقدار الوصية يدل بظاهره على أن ما زاد على الثلث باطل والأصح في نظري - هو رأي الجمهور لأن الرسول صلى الله عليه وسلم عندما نهى عن الوصية للوارث وعن الزيادة على الثلث في الوصية لأجنبي إنما كان هذا لحق الورثة بلا خلاف وصاحب الحق الخاص يملك ولا ريب التنازل عنه لمن يشاء وقد روى الخبر (لا وصية لوارث) وفيه (إلا أن يجيز الورثة) واحتج ابن قدامة بهذه الزيادة قائلاً: [والاستثناء من النفي إثبات فيكون ذلك دليلاً على صحة الوصية عند الإجازة ولو خلا من الاستثناء كان معناه لا وصية نافذة أو لازمة أو ما أشبه هذا أو يقدر فيه ولا وصية لوارث عند عدم الإجازة من غيره من الورثة]^(١) وهذا الذي ذكره ابن قدامة استدلال صحيح وقوي ولذلك فإني أرجح هنا رأي الجمهور .

وإذا كان المريض مرض الموت له دائنون فديونهم مقدمة على الوصية^(٢) وعلى حق الورثة من باب أولى فإذا كانت التركة مستغرقة بالديون فحق الدائنين أن تسلم قيمتها لهم وعلى هذا فإن تصرفات المريض وعقوده التي ليس فيها غبن أو محاباة تعتبر صحيحة ولا يستطيع الدائنون أن ينقضوها لأن هذه التصرفات لم تمس القيمة المالية للتركة والتي تعلق بها حق الدائنين وأما التصرفات التي فيها محاباة أو غبن أو تبرع بأي صورة من الصور فإنها لا تنفذ في حقهم إلا إذا أجازوها ، وأما تصرفات المريض فيما يتعلق بمنافع أعيانه فكلها صحيحة بالنسبة إلى الفترة التي يعيشها قبل وفاته فلا يتعلق بها حق الدائنين ولا حق الورثة إذ أن حقهم يتعلق بها بعد الوفاة ،

(١) نقلا عن المغنى لابن قدامة ٦/٦

(٢) روى عن علي رضي الله عنه [أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالدين

قبل الوصية وأنتم تقرؤون الوصية قبل الدين] أخرجه الترمذي في الوصايا باب

ما جاء يبدأ بالدين قبل الوصية وإسناده ضعيف ولكن حكمه مجمع عليه .

ومن جهة أخرى فإن المنافع ليست بأموال عند الحنفية فهي لا تورث ،
والتصرفات في المنافع تبطل عند الحنفية من تلقاء نفسها بوفاة المتصرف ولكنها
صحيحة عن الفترة قبل الوفاة^(١) .



* المطلب الثاني *

الرضا وما يقترن به من عيوب

٨٩ - رضا العاقدين :

رضا العاقدين هو اتجاه إرادة كل واحد منهما الصحيحة إلى إنشاء العقد وهذا يتضمن العقد بالإرادة المنفردة أيضاً .

والإرادة عند الحنفية لا تكون كاملة إلا اذا وصلت إلى مرحلة الرضا بآثار العبارة المظهرة للإرادة ، وأما مجرد اختيار العبارة فلا يكفي ، فهم يفرقون بين إرادة التعبير (وهو الاختيار في اصطلاحهم) وبين إرادة الأثر أى الرضا وهو كما يصرح علماءهم [الرضا امتلاء الاختيار أى بلوغ نهايته بحيث يفضى أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها]^(١) فالرضا يتضمن بالضرورة الاختيار لأن من أراد أثر العبارة التى صدرت منه لا بد أن يكون قد أراد هذه العبارة ، ولكن العكس غير صحيح فمن أراد العبارة دون أن يقصد إلى أثرها فقد تحقق عنده الاختيار دون الرضا وهذا مثل المازل عندهم فإن المازل اختار العبارة ولكنه لم يقصد إلى تحقيق أثرها فهو لم يرض بها^(٢) ، وقد ترتب على هذه التفرقة بين الاختيار والرضا عند الحنفية وجود قسم للعقد لم يوجد عند سائر الفقهاء وهو العقد الفاسد فإذا تحقق الاختيار بدون الرضا فالعقد عندهم فاسد وأما إذا لم يتحقق الاختيار [ومن باب أولى لم يتحقق الرضا] فالعقد باطل مثل عبارة عديم التمييز فانه لا إرادة له

(١) كشف الأسرار ٥٠٢/٤

(٢) فتح القدير ٢٤٨/٢ ، الهداية ١٨٠/٢ وما بعدها

حتى يمكن أن يقال أنه قد اختار العبارة التي صدرت منه ، وفي حالة فساد العقد عندهم بسبب تحقق الاختيار وحده فإن العقد الفاسد هنا يقبل التصحيح إذا تحقق الرضا بعد ذلك في الوقت الملائم .

وأما إذا تحقق الرضا فهذا معناه بالضرورة تحقق الاختيار لأنه ما دام قد رضى بالعبارة التي صدرت منه فإنه بدهة قد اختارها . وبذلك يمكن القول بأن الاختيار الذي هو القصد إلى العبارة عند الحنفية هو الصيغة التي هي ركن العقد ، ولكن الرضا بالآثار المترتبة على هذه الصيغة شرط لصحة هذه الصيغة^(١) .

وأما المالكية والشافعية والحنابلة فهم - على عكس الحنفية - لا يفرقون بين الاختيار والرضا فهما عندهم متلازمان لا ينفك أحدهما عن الآخر فلا يتحقق الاختيار مجرداً عن الرضا إذ أن اختيار العبارة دليل على اختيار الأثر . ولكن الشافعية يختلفون عن المالكية والحنابلة في أمر هام فالشافعية يعتبرون اختيار العبارة دليلاً على الرضا وغير قابل لإثبات العكس إلا عن طريق العبارة ذاتها .

وأما المالكية والحنابلة فإنهم مع قولهم بالتلازم بين الاختيار والرضا إلا أنهم أجازوا إثبات ما يخالف العبارة بقرائن أو أدلة منفصلة عن العبارة ذاتها تدل على أن التعبير قد صدر مخالفاً لنية صاحب العبارة .

فالمالكية والحنابلة يغلبون النية على العبارة ولا أثر لهذا التغليب على التلازم بين الاختيار والرضا عندهم فهما شيء واحد فإذا تغلبت النية بأدلة منفصلة

(١) سبق إلى هذا المعنى أستاذنا د/ محمد سلام مذكور رحمه الله في كتابه المدخل للفقهاء الإسلاميين ص ٥٦٩ الطبعة الأولى . ويراجع الفتوح ٧٤/٥ والفتاوى الهندية

عن العبارة فمعنى هذا أن صاحب العبارة لم يرض بها أى لم يختارها اختياراً صحيحاً .

هذا وينضم أبو يوسف ومحمد (صاحباً أبي حنيفة) إلى المالكية والحنابلة في تغليب النية على العبارة هذا ومن المفارقات هنا أن أبا حنيفة يقترب كثيراً من الشافعي رغم اختلافهما الواضح في مسألة الاختيار والرضا - في تغليب العبارة على النية في مسائل عدة : كحالات عدم الشرعية وحالات الصورية مثل عقود التفاخر والتظاهر : جاء في حاشية ابن عابدين ما يأتي : [لو تزوجها في السر بألف ثم في العلانية بألفين : ظاهر النصوص في الأصل أنه يلزمه عنده الألفان ويكون زيادة في المهر وعند أبي يوسف المهر هو الأول إذ العقد الثاني لغو فيلغو ما فيه ، وعند الإمام (أبي حنيفة) أن الثاني وإن لغا لا يلغو ما فيه من الزيادة]^(١) أى أن أبا حنيفة يرى أن الزيادة المثبتة في العقد الثاني (عقد العلانية) هي التي يقضى بها وهذا هو مذهب الشافعي في كل حالات الصورية وغيرها فيما عدا ما ورد به نص (كالخطأ والنسيان والإكراه) فهو يغلب دائماً العبارة على النية ما دامت العبارة جاءت خالية مما يدل على النية المخالفة ، وأما إذا أمكن استخلاص النية من العبارة الغامضة فهنا لا مانع عند الشافعية من تغليب النية المستخلصة على ظاهر اللفظ في بعض الأحيان .

وهذه هي قاعدة العبرة بالمعاني لا بالمباني وفي رأبي أن هذه القاعدة تختلف عن قاعدة تغليب النية على العبارة لأن نطاق قاعدة العبرة بالمعاني لا بالمباني هو أن تكون العبارة غامضة وتحتمل التأويل دون اللجوء إلى قرائن منفصلة عنها وأما نطاق قاعدة تغليب العبارة على النية فهو في حالة ما إذا كانت العبارة واضحة لا تحتمل التأويل ففي هذه الحالة لا يجيز الشافعي

(١) نقلا عن حاشية ابن عابدين ٤/٥٠٩ .

تأويلها بقرائن منفصلة عنها و لذلك فإنه لا يوجد تناقض عند الشافعية في أخذهم بقاعدة العبرة بالمعاني لا بالمباني مع رفضهم لقاعدة تغليب النية المنقطعة عن العبارة على العبارة أي رفضهم الأخذ بالنية بناء على قرائن منفصلة عن العبارة^(١) هذا وقد صرح ابن قدامة بالخلاف بين الحنابلة وبين الشافعي في هذه المسألة فيقول^(٢) في [مسألة بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذ خمرًا (أي الباعث غير المشروع) ما يأتي : [فإنما يحرم البيع ويطل إذا علم البائع قصد المشتري ذلك إما بقوله وإما بقرائن مختصة به تدل على ذلك وإذا ثبت التحريم فالبيع باطل ويحتمل أن يصح وهو مذهب الشافعي لأن المحرم في ذلك اعتقاده بالعقد دونه فلم يمنع صحة العقد كما لو دلس العيب ، ولنا أنه عقد على عين لمعصية كإجارة الأمة للزنا والغناء]^(٣) . ويقول أيضاً : [وهذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام كبيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطريق أو في الفتنة وبيع الأمة للغناء أو إيجارها كذلك أو إجارة داره لبيع الخمر فيها أو لتتخذ كنيسة أو بيت نار وأشباه ذلك فهذا حرام والعقد باطل عندنا ، والمالكية في هذا كالحنابلة ويستدلون بقوله تعالى : ﴿ ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ﴾^(٤) [المائدة : ٢] . ويترتب على هذا الخلاف بين الشافعي ومعه أبو حنيفة من جهة وبين المالكية والحنابلة من جهة أخرى أن زواج المحلل وبيع العينة يعتبران صحيحين قضاء عند الشافعي وأبي حنيفة ما دامت العبارة قد جاءت خالية

(١) يراجع ما ذكرناه في بند (١٧) من هذا البحث

(٢) سبق أن نقلت هذا في بند ١٧ ولكني أرى أن التكرير هنا مفيد .

(٣) المغنى لابن قدامة ٤٦٢/٤

(٤) يراجع في هذا حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٧/٣ وقد سبق نقله ببند ٧٢

من هذا البحث وهو يطابق ما نقلناه عن ابن قدامة في هذا الشأن ويراجع أيضاً

شرح منح الجليل على مختصر خليل للشيخ عيش ٤٧٧/٢ ، ومقدمات ابن رشد

١٩٨/٢ وما بعدها

مما يدل على نية الحرام^(١) ، وهما باطلان قضاء عند المالكية والحنابلة إذا وجدت قرائن منفصلة عن العبارة تدل على نية الحرام^(٢) ، ورأى المالكية والحنابلة - في نظري - أصح لأنه يسد ذريعة الفساد وهو أمر مطلوب شرعاً وهذا فضلاً عن أن العبرة بالنية الصحيحة فإذا استطعنا أن نتعرف على النية الصحيحة بقرائن منفصلة عن العبارة فالأولى مؤاخذة المتعاقد بنيته الحقيقية ما دام المتعاقد الآخر على علم بها حقيقة أو حكماً أى كان من المفروض أن يعلمها وهذا هو ما ذكره ابن قدامة في المغنى ونقلناه عنه آنفاً .

٩٠ - عيوب الرضا :

هي الأمور التي تحدث خللاً في الرضا فتجعله معيباً مما يترتب عليه تعيب العقد وهذه العيوب ترجع إلى الإكراه ، الغلط (الخطأ والنسيان) ، والتدليس وهو التغرير مطلقاً ، والغبن مع التغرير أى العبن الذى يترتب عليه تغرير ونبحثها فيما يلي .

٩١ - الإكراه :

معناه في اللغة إيقاع الكره وفي الاصطلاح : [هو حمل الإنسان على ما يكرهه ولا يريد مباشرته لولا الحمل عليه والوعيد^(٣) فهو ما يقع في نفس الإنسان المهتد (المكروه) من غيره (المكروه) من أن المهتد يملك أن يوقع به أو بمن يحب ما توّعه به من أذى إذا لم يستجب إلى ما يطلبه فيضطر بناء على هذا الخوف الذى وقع في نفسه إلى إصدار ما طلب منه من قول أو فعل وهذا إكراه نفسى أو معنوى لأنه يعتمد على الإخافة دون إنزال الأذى المادى فعلاً وقد يكون الإكراه مادياً بأن يضربه فعلاً أو يمسك به ويجبره يد

(١) حاشية ابن عابدين ٢٧٩/٤ ، ٥٣٧/٢ وما بعدها

(٢) بداية المجتهد ٦٢/٢ ، ١٥٥/٢ ، والمغنى لابن قدامة ٤٦٢/٤

(٣) شرح المنار ص ١٩٢

على الكتابه بما يريد . والإكراه (سواء أكان نفسياً أم مادياً) قد يكون ملجئاً وقد يكون غير ذلك : فالملجئ هو ما يكون التهديد فيه بقتل النفس أو إتلاف عضو من الأعضاء أو ضرب مبرح موجه يهدر الإرادة فهذا إكراه تام ، وأما الإكراه الناقص وهو غير الملجئ فهو لا يوجب الاضطرار كالحبس والقيد والضرب الذي لا يخاف منه التلف^(١) .

والإكراه بنوعيه يعدم الرضا عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وأما الحنفية وهم الذين يفرقون بين الاختيار والرضا (كما بينا آنفاً) فهم يذهبون إلى اعتبار إرادة المكره على التفصيل الآتي : قال في^(٢) البدائع : [إن التصرفات الشرعية نوعان : إنشاء وإقرار والإنشاء نوعان : نوع لا يحتمل الفسخ ونوع يحتمله أما الذي لا يحتمل الفسخ فالطلاق والعتاق والرجعة والنكاح واليمين والنذر والظهار والإيلاء والفيء في الإيلاء والتدبير والعفو عن القصاص وهذه التصرفات جائزة مع الإكراه عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله لا تجوز واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « عفى عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكروها عليه » فلزم أن يكون حكم ما استكروه عليه عفواً... (ولنا) أن عمومات النصوص واطلاقها يقتضى شرعية هذه التصرفات من غير تخصيص وتقييد^(٣) ثم يقول بعد ذلك : [وأما النوع الذي يحتمل الفسخ فالبيع والشراء والهبة والإجارة ونحوهما فالإكراه يوجب فساد هذه التصرفات عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وعند زفر رحمه الله يوجب توقفها على الإجارة كبيع الفضولى وعند الشافعي رحمه الله يوجب بطلانها أصلاً^(٤)] ثم يقول : [أما إذا كان

(١) البدائع ١٧٥/٧ وما بعدها نقلاً عنه بشيء من التصرف

(٢) الكاساني في البدائع ١٨٢/٧

(٣) نقلاً عن البدائع ١٨٢/٧

(٤) نقلاً عن البدائع ١٨٦/٧

على الإقرار فيمنع صحة الإقرار سواء كان المُقر به محتملاً الفسخ أو لم يكن . لأن الإقرار وصحة الإخبار عن الماضي بوجود المخبر به سابقاً على الإخبار ، والمخبر به ههنا يحتمل الوجود والعدم وإنما يترجح جنبه الوجود على جنبه العدم بالصدق وحال الإكراه لا يدل على الصدق [(١) وعلى هذا فإن الإكراه لا يؤثر على الطلاق والزواج والعتاق وما شابههما عند الحنفية ، وأما البيوع ونحوها فإن الكاسائي - كما رأينا - ينقل عن أبي حنيفة وصاحبيه أنها فاسدة وعن زفر أنها موقوفة أي صحيحة متوقفة على إجازة ذوى الشأن ولكن بعض متأخرى الحنفية ذهبوا إلى أنها موقوفة حتى على رأى أبي حنيفة وهم يصرحون بأنها موقوفة فاسدة لأن الموقوف عندهم - على عكس متقدمى الحنفية - قسمان موقوف فاسد وموقوف صحيح ولا فرق بينهما فى الحكم لأن الإجازة من ذوى الشأن تلحقهما جميعاً ، وقد صرح بهذا صاحب البحر الرائق زين العابدين بن نجم (متوفى سنة ٩٧٠ هـ) وقد ذكر ابن عابدين هذا التناقض بين المتقدمين وبعض المتأخرين من الحنفية فى حاشيته فقال : -

[.. وأورد عليه أنه يخرج بيع المكروه مع أنه منعقد وأجاب فى شرح الوقاية بأن من ذكره أراد تعريف البيع النافذ ومن تركه أراد الأعم واعترضه فى البحر بأن بيع المكروه فاسد موقوف لا موقوف فقط كبيع الفضولى كما يفهم من شرح الوقاية ، قلت لكن قدما أن الموقوف من قسم الصحيح ومقتضاه أن بيع المكروه كذلك لكن صرحوا فى كتاب الإكراه أنه يثبت به الملك عند القبض للفساد فهو صريح فى أنه فاسد وإن خالف بقية العقود الفاسدة فى أربع صور سيذكرها المصنف هناك وأفاد فى المنار وشرحه أنه ينعقد فاسداً لعدم الرضا الذى هو شرط النفاذ وأنه بالإجازة يصح ويزول الفساد ، وبه عُلِمَ أن الموقوف على الإجازة صحته فصح كونه فاسداً

(١) نقلاً عن البدائع ٧ / ١٨٩ - ١٩٠ .

موقوفاً ، وظهر أن الموقوف منه فاسد كبيع المكره ومنه صحيح كبيع عبد أو صبي محجوراً وأمثله كثيرة ستأتى فى باب بيع الفضولى [(١)] .

هذا وقد لجأ الحنفية إلى قياس الإكراه على الهزل فى العقود التى استثنىها الشارع من الهزل وذلك لزيادة تأكيد صحة هذه العقود مع الإكراه وهذه هى العقود المنصوص عليها فى الحديث عن أبى هريرة عن النبى ﷺ قال : « ثلاث جدهن جد وهزهن جد النكاح والطلاق والرجعة » (٢) وفى رواية والعتاق بدل الرجعة وفى رواية أخرى اليمين بدل الرجعة [. فالحنفية يجعلون هذه العقود صحيحة مع الإكراه فجاء فى كتبهم : [وطلاق المكره واقع لأنه قصد إيقاع الطلاق فى منكوحته حال أهليته وهذا لأنه عرف أهون الشرين واختار أهونهما وهذا آية القصد والاختيار إلا أنه غير راض بحكمه وذلك غير مخل به كالهزل] (٣) .

وفى رأى أن هذا القياس من الحنفية ظاهر الخطأ لأن الهزل يعبث وقد بين الشارع أنه لا يجوز العبث فى هذه العقود الخمسة لأهميتها ولذلك فإن عدم الرضا هنا لم يؤثر على صحة العقد عقوبة للعاقده نفسه لعبثه ، وأما العاقده المكره فهو برىء تماماً من العبث فلا يجوز قياسه على الهزل ، وهو حقاً لم يرض بعبارته وإن كان قد اختارها طبقاً لأصل الحنفية فى التفرقة بين الاختيار والرضا وكان يتعين عليهم طبقاً لأصولهم أن يعتبروا طلاق المكره فاسداً على الأقل لفوات الرضا ولا يجوز لهم أن يقيسوه على الهزل لأن الهزل هو الذى فعل بعبارته هذا العبث وأما المكره فهو معذور لأن الغير هو الذى أرغمه على اختيار عبارة لا يرضاها طبقاً لاصطلاح الحنفية .

(١) نقلاً عن حاشية ابن عابدين ٤ / ٥٠٣ .

(٢) رواه أبو داود والترمذى والحاكم وصححه : انظر التاج الجامع لمنصور على ناصف

٣٠٩/٢ .

(٣) الهداية ١٨٢/١ العناية على هامش الفتح ٣٩/٣ .

وعلى خلاف الحنفية ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى إبطال عقد المكره وقد اعتمدوا في هذا على دليل قوى لا سبيل إلى دحضه وهو الحديث الذي أخرجه ابن ماجة في سننه بعدة طرق الأولى منها هي : ابن عباس عن النبي ﷺ قال : « إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »^(١) فهذا الحديث الصحيح حجة على الحنفية في كل ما ذهبوا إليه من تصحيح العقود مع الإكراه ، ولا اجتهاد مع النص ، واجتهاد الحنفية غير صحيح كما قدمت وهو مبنى على قياس فاسد بالنسبة إلى النكاح ونحوه وهو قياس الإكراه على الهزل بالنسبة إلى العقود التي لا يؤثر فيها الهزل .

٩٢ - الخطأ والنسيان : اتفق المالكية والشافعية والحنابلة^(٢) على أنه إذا وجدت قرينة تدل على الخطأ أو النسيان فإن عبارة العاقد لا تكون صحيحة للحديث الصحيح « رفع الله عن أمتي الخطأ والنسيان .. » ويلاحظ هنا أمر هام وهو أن الإمام الشافعي خرج هنا على قاعدته وهي عدم جواز إثبات ما يخالف العبارة إلا بالعبارة لورود النص في هذه المسألة وأما الحنفية فهم يختلفون فيما بينهم إذا وجدت قرينة قوية تثبت الخطأ والنسيان فبعضهم^(٣) ذهب إلى أن عقد المخطيء أو الناسي ينعقد فاسداً لوجود أصل الاختيار لأنه كلامه وذهب آخرون^(٤) من الحنفية إلى أن

(١) سنن ابن ماجة ج ١ ص ٦٥٩ وأخرجه الحاكم في المستدرک وقال حديث صحيح

على شرط الشيخين ولم يخرجاه . المستدرک ٢ ص ١٩٨ .

(٢) حاشية الدسوقي ٣٦٥/٢ - بداية المجتهد ٣٠٣/١ - نهاية المحتاج ٨١/٦ ، المغني

لابن قدامة ١١٨/٧ ، ١١٢ ، أعلام الموقعين ٧٢/٤ .

(٣) كشف الأسرار ٣٨١/٤ ، مرآة الأصول ص ٣٥٨ .

(٤) الكمال بن الهمام في التحرير : التقرير والتحبير شرح التحرير ٢/٢٠٥ ، ٢٠٦

تيسير التحرير ٣٠٧/٢ .

القصد إلى العبارة منعدم أى أن الاختيار قد انعدم مع الرضا وبالتالي يكون العقد باطلاً .

والأصح هنا هو القول الأخير الذى يلتقى مع رأى الجمهور لأن كلاً من الخطأ والنسيان يعدم الرضا والاختيار معاً (طبقاً لتقسيم الحنفية) والمخطيء والناسى لم يقصد اختيار العبارة أصلاً .

٩٣ - الغلط :

الغلط هو فى الحقيقة نوع من الخطأ ولكن ليس خطأ فى العبارة فعبارة العاقد مع الغلط صحيحة ولكن تصور العاقد للمعقود عليه قد شابه غلط ، وهذا الغلط قد يكون فى جنس المعقود عليه أو فى صفة أو فيهما معاً كمن يشتري خاتماً على أنه من الماس فإذا به من الزجاج المصقول الممرد أو يشتري قماشاً على أنه من الحرير ثم يتضح له أنه من ألياف صناعية تشبه الحرير فى لمعانه ، فهذه صورة من الغلط فى جنس المعقود عليه ، وأما الغلط فى الصفة فمثاله أن يشتري جارية على أنها بكر فيتضح أنها ثيب أو يشتري دابة على أنها هملاجة فيتضح أنها غير ذلك . وأما الغلط فى الجنس والصفة معاً كمن يشتري حصاناً على أنه عربى فيتضح أنه بغل غير عربى ، والغلط يثبت إذا كان ظاهرياً كأن يشير إلى الخاتم الزجاج ويقول له اشتريت منك هذا الماس فيقول البائع قلت دون أن يصحح للمشتري غلظه .

وإذا وقع الغلط فى جنس المعقود عليه واستطاع العاقد أن يثبت ذلك فإن العقد يكون باطلاً ولا يترتب عليه أثره الشرعى لأن العقد لا وجود له باعتبار سبباً للحكم وهذا يرجع إلى فوات المعقود عليه بسبب فوات الجنس لأن المعقود عليه ليس هو المطلوب والبطلان هنا يلحق بالعقود كلها بلا خلاف^(١) .

(١) البدائع ٥/١٣٩، ١٤٠، حاشية ابن عابدين ٥/٥٣. الشرح الصغير على أقرب =

ويلاحظ هنا أن الحنفية لم يختلفوا بشأن الغلط رغم أن الغلط في الحقيقة نوع من الخطأ وسبق أن رأينا أنهم اختلفوا في الخطأ ويرجع سبب عدم اختلافهم في الغلط في جنس المعقود عليه أو في صفته إلى أن هذا الغلط يجعل المبيع معدوماً وهم لا يجيزون بيع المعدوم وفي هذا يقول الكاساني : [وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فأنواع (منها) أن يكون موجوداً فلا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم كبيع نتاج التاج ... وعلى هذا يخرج ما إذا قال بعتك هذا الياقوت بكذا فإذا هو زجاج ... لا ينعقد البيع في هذه المواضع لأن المبيع معدوم]^(١) .

وأما إذا وقع الغلط في وصف في المعقود عليه فإن العقد ينعقد صحيحاً ويكون من حق من وقع في الغلط - إذا تمكن من إثباته - أن يفسخ العقد أى يكون له خيار الفسخ لفوات الوصف . وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة بالنسبة إلى العقود التي لا تقبل الفسخ أصلاً كعقد النكاح فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية وبعض المالكية والشافعية في قول ، والحنابلة في رواية عن أحمد^(٢) إلى أن الغلط في الوصف لا يؤثر في هذه العقود .

وذهب بعض المالكية والشافعية في قول آخر والحنابلة في رواية أخرى عن الإمام أحمد إلى أن فوات الوصف يؤثر حتى في عقد النكاح ومن هذا ما جاء في المغني : - [وإذا تزوج امرأة يظنها حرة فبانة أمة أو يظنها مسلمة فبانة كافرة أو تزوجت عبداً تظنه حراً فلهم الخيار كما لو شرط ذلك نص عليه أحمد في امرأة تزوجت عبداً تظنه حراً فلهما الخيار وقال الشافعي في الأمة

= المسالك إلى مذهب الإمام مالك ١٩٠/٣ - روضة الطالبين ٤٩٥/٣ المغني لابن قدامة ٥٤٦/٦ .

(١) نقلاً عن الكاساني في البدائع ٥ ص ١٣٨ ، ١٣٩ ، ١٤٠ .

(٢) البدائع ١٤٠/٥ - بلغة السالك لأقرب المسالك لابن الصاوي ٤٢٦/١ روضة

الطالبين ٤٩٥/٣ - المغني لابن قدامة ٥٢٤/٦ .

لا خيار له وفي الكافرة فله الخيار وقال بعضهم فيها جميعاً قولان [١].
وأما بالنسبة إلى العقود التي تقبل الفسخ بطبيعتها كالبيع والإجارة فإن
الغلط في الوصف - إذا أمكن إثباته - يترتب عليه خيار الفسخ الذي وقع
في الغلط وهذا بلا خلاف [٢].

٩٤ - التدليس : التدليس لغة واصطلاحاً هو كتمان العيب في البيع
وسائر العقود ، والتدليس يؤثر على رضا العاقد إذا كان لا يرضى بالعقد لو
ارتفع التدليس ، ولذلك فلا خلاف بين الفقهاء في أن التدليس يثبت خيار
الفسخ في المعاوضات المالية كالبيع والإجارة وبدل الصلح عن إقرار وما
شابهها ، ويشترط ألا يعلم العاقد المدلس عليه بالعيب قبل العقد فإن علم
فلا خيار له لرضاه وإذا كان العيب ظاهراً بحيث يسهل معرفته فإن علم
المدلس عليه مُفترض هنا فليس له خيار [٣]. والدليل على ثبوت الخيار
بالتدليس حديث التصرية الوارد في الصحيح : « من اشترى شاة مصراً
فهو بخير النظرين إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعاً من تمر » [٤] وقد
قاس الفقهاء على التصرية كل فعل من المدلس بمحل العقد يظن العاقد به
كإلا فلا يوجد لأن الخيار غير منوط بالتصرية لذاتها بل لما فيها من التلبس
وهذا في المعاوضات المالية [٥] وأما في عقد النكاح فقد ذهب جمهور الفقهاء

(١) المغنى لابن قدامة ٥٢٧/٦ .

(٢) يراجع في هذا كله المراجع السابقة للمذاهب الأربعة .

(٣) حاشية ابن عابدين ١٠٧/٤ ، ٢٥٠/٣ - حاشية الدسوقي ٢٢٨/٣ - جواهر

الإكليل ٤٢/٢ روضة الطالبين ٤٦٩/٣ - المغنى ١٥٧/٤ .

(٤) أخرجه مسلم ١١٥٩/٣ .

(٥) حاشية ابن عابدين ٤٤/٥ وما بعدها - شرح الزرقاني ١٨١/٥ ، روضة الطالبين

٤٦٩/٣ - الفروع لابن مفلح ٩٣/٤ .

من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن التدليس يثبت به خيار الفسخ .
 وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أنه لا أثر للتدليس في عقد النكاح
 إذ ليس لواحد من الزوجين خيار الفسخ لعيب لأن النكاح عندهما لا يقبل
 الفسخ ، وذهب محمد بن الحسن إلى أن خيار العيب يثبت للمرأة فقط في
 عيوب ثلاثة في الزوج : الجنون والجدام والبرص فللمرأة الخيار في طلب
 التفريق أو البقاء معه لأنه تعذر عليها الوصول إلى حقها بمعنى في الزوج فكان
 بمنزلة ما لو وجدته محبوباً أو ممسوحاً أو عنيماً بخلاف الرجل فإنه يتمكن
 من دفع الضرر عن نفسه بالطلاق^(١)

٩٥ - الغبن والتغريب : الغبن هو البخس أو النقص^(٢) في أحد
 العوضين بأقل من قيمته بين الناس ، والغبن قد يكون يسيراً وقد يكون
 قاحشاً والغبن اليسير هو ما يدخل في تقويم المقومين من أهل الخبرة والغبن
 الفاحش هو ما لا يدخل في تقويمهم ، وللفقهاء أقوال كثيرة في تحديد الغبن
 الفاحش^(٣) .

والتغريب هو الخداع وهو في الاصطلاح إيقاع الشخص فيما انطوت عنه
 عاقبته ، والتغريب أعم من التدليس في الاصطلاح لأن التغريب قد يكون بإخفاء

(١) شرح الزرقاني ٢٣٥/٣ - ٢٤٣ - روضة الطالبين ١٧٦/٧ - ١٨٣ - المغني لابن قدامة ٦٥٠/٦ .

(٢) الهداية ٢٦/٢ ، ٢٧ فتح القدير ١٣٣/٤ - ١٣٤ حاشية ابن عابدين ٤٩٤/٣ وما بعدها .

(٣) جاء في حاشية ابن عابدين [غبن بالبناء للمجهول فهو مغبون أي منقوص الثمن] ١٤٢/٥٠ .

(٤) البدائع ٣٠/٦ - الشرح الصغير عل أقرب المسالك ١٩٠/٣ - شرح الزرقاني

١٥٣/٥ - شرح المنهاج ٢٦٦/٢ - المغني لابن قدامة ٥٨٤/٣ .

عيب وهو التدليس وقد يكون بغير ذلك مما تُجهل عاقبته^(١)

وهذا هو الأصل عند الفقهاء أن الغبن بمفرده وإن تفاحش فلا أثر له على العقد ، فالراجح عند الحنفية أنه ما دام الغبن لم يصحبه تغرير فإنه لا أثر له وهناك رأى مرجوح في المذهب بأن للمغبون خيار الفسخ^(٢) .
والأصل عند المالكية أيضاً [لا رد بغبن]^(٣) وعند الشافعي أيضاً عدم ثبوت الخيار بالغبن^(٤) . وعند الحنابلة الأصل أيضاً هو عدم تأثير الغبن إلا بالنسبة للمسترسل وقد عرف أحمد المسترسل بأنه الذي لا يُحسن أن يماكس أي هو الجاهل بقيمة السلعة ولا يُحسن المبايعة والأصح هنا هو عدم جواز الرد بالغبن وحده مهما تفاحش حتى بالنسبة للمسترسل لأن نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد كبيع غير المسترسل وكالغبن اليسير^(٥) والحق أنه لا داعي لحماية المسترسل ما دام لم يصل إلى درجة ذى الغفلة أو السفية وهو الذي يعين عليه قيمٌ يتولى عنه تصريف شئونه ولو كان الغبن وحده يصلح لتقرير خيار الفسخ للمغبون لبيّنه رسول الله ﷺ لحبان بن منقذ الذي كان ينطبق عليه اصطلاح المسترسل فهو كان يغبن في المعاملات ورفض رسول الله ﷺ أن يحجر عليه^(٦) مما يدل على أنه لم يصل إلى درجة ذى الغفلة وقد أمره ﷺ أن يشترط لنفسه

(١) المبسوط ١٣/١٩٤ - المهذب للشيرازي ١/٢٦٢ - جواهر الإكليل شرح

مختصر خليل ٢/٤٢ ، ٤٥ - المغنى لابن قدامة .

(٢) تبين الحقائق للزيلعي ٤/٧٩ .

(٣) الشرح الصغير على أقرب المسالك ٣/١٩٠ ، ٢٩٤ .

(٤) شرح المنهاج للجلال المحلى ٢/٣٤٣ .

(٥) المغنى لابن قدامة ٣/٥٨٤ .

(٦) روى عن عبد الله بن عمر وأخرجه النسائي الباب الثاني من كتاب البيوع

وأبو داود الباب ٦٦ من كتاب البيوع وأحمد في مسنده ٢/٦١ .

الخيار ثلاث ليال كما ورد في الصحيح^(١) أى أمره بخيار الشرط فلو كان غير المسترسل يعطيه حق الفسخ ابتداء لما كان هناك حاجة إلى إرشاده إلى خيار الشرط .

والواقع أن الشريعة الإسلامية قد أحاطت المتعاقدين بحماية كاملة فهي سنت خيار المجلس في عقود المعاوضات المالية دون حاجة إلى أى شرط ، وأباحت إلى جانب خيار المجلس خيار الشرط إذا أراد العاقد أن يعطى نفسه فرصة أكثر من فترة مجلس العقد لكلى يفكر ملياً في الصفقة التى يريد الدخول فيها فلا محل بعد هذا إلى تقرير خيار الغبن للمسترسل لأن هذا يفتح الباب إلى أمر خطير وهو عدم استقرار العقود فيلجأ كل من خسر فى صفقة إلى إدعاء الاسترسال ويطلب الفسخ ولكن يلاحظ هنا أن الفقهاء اتفقوا على الفسخ بالغبن فى بعض الحالات التى تقتضى ذلك ، وهذه الحالات لا يكون الغبن وحده هو السبب فى إثبات خيار الفسخ ، وإنما السبب، هو حماية العاقد حسن النية الذى لم يقم بإبرام العقد بنفسه وإنما أبرمه عنه آخر يخشى أن يكون قد تملاً مع الطرف الآخر للإضرار بمن يمثله ، فإذا أبرم الوكيل العقد بغبن فاحش فإن من حق الموكل أن يفسخ العقد ، وهذا هو الحكم أيضاً فى العقود التى يرمها الولى عن القاصر فإن له عندما يبلغ أن يختار الفسخ بالغبن الفاحش . وكذلك الحكم بالنسبة إلى العقود التى يجريها ناظر الوقف بصفته وتلك التى يجريها المسئول عن بيت مال المسلمين فيثبت فيها خيار الفسخ بالغبن . ويقال مثل ذلك أيضاً بالنسبة إلى العقود التى يرمها المدين بدين مستغرق لماله وهو المحجور عليه فعلاً أو بموجب حكم - طبقاً لاختلاف الفقهاء فى هذه المسألة - فإن للدائن أن يطلب الفسخ بالغبن إذا أضر بحقه ، وهذا هو الحال أيضاً بالنسبة إلى عقود المريض مرض الموت ،

(١) رواه مسلم فى كتاب البيوع .

فإن للدائنين - بعد وفاة المريض - حق فسخ العقود التي فيها غبن لأن الغبن هنا يمثل محاباة لمصلحة الغير تضر بحقوق الدائنين إلا إذا دفع هذا الغير ما يرفع الغبن^(١). ومما يلاحظ أن خيار الفسخ بالغبن في هذه العقود كلها ثبت هنا مراعاة للغير حسن النية .

هذا والتغيرير بمفرده لا أثر له على العقد ما دام المعقود عله قد قوبل بقيمته لأنه في هذه الحال لم يحصل للعاقـد - رغم التغيرير - أى ضرر . وإذا اجتمع الغبن مع التغيرير في العقد فإن غالبية الفقهاء يذهبون إلى أن العاقـد المغبون الذى غرر به له حق الفسخ فالراجح عند الحنفية أن للمغبون مع التغيرير خيار الفسخ وهذا الراجح يخالف ما جاء في ظاهر الرواية في الفقه الحنفى لأن الإمام أبا حنيفة يرى أن الغبن الفاحش الناتج عن التغيرير لا يؤثر على عقود المعاوضات .

ويرى الإمام مالك أن للمغرور في حالة الغبن خيار الفسخ ، وروى عن الإمام أحمد أن بيع النجش باطل لأنه منهى عنه والنهى يقتضى الفساد^(٢) ، والنجش إذا ترتب عليه غبن يكون جمع بين التغيرير والغبن ، لأن النجش معناه أن يستشير الغير المشتري « كما تستثار الطير » بأن يتظاهر بأنه يريد شراء السلعة بسعر يزيد عن قيمتها كثيراً ليأخذها بهذا السعر ، وقد نهى الرسول ﷺ عن النجش قال « ولا تناجشوا »^(٣) ويرى ابن قدامة أن النهى عاد إلى الناجش لا إلى العاقـد فلم يؤثر في البيع إلا إذا ترتب عليه غبن للمشتري فهذا تغيرير وغبن يترتب عليه تقرير خيار الفسخ للمغبون المغرور .

(١) حاشية ابن عابدين ٤٠٧/٤ - الشرح الصغير على أقرب المسالك ٣/١٩٠ شرح

المنهاج للجلال المحلى ٣٥٠/٢ - المغنى لابن قدامة ٥٨٤/٣ .

(٢) تبين الحقائق للزيلعى ٧٩/٤ - بداية المجتهد لابن رشد ، نهاية المحتاج ٤٧٠/٣ -

المغنى لابن قدامة ٢٣٤/٤

(٣) متفق عليه : البخارى كتاب البيوع باب ٥٨ ، ومسلم كتاب البيوع ٥٢ .

واشترط الشافعية في النجش أن يكون هناك توافق بين البائع والغير الناجش فإذا لم يكن هناك مواطأة فلا خيار عندهم وإذا وجدت المواطأة فقولان : [قاله السبكي والأصح أنه لا خيار للمشتري لتفريطه بعدم مراجعة أهل الخبرة وتأمله والثاني له الخيار للتدليس كالتصيرية]^(١) .

ويرى الإمام مالك خيار الفسخ في النجش أيضاً^(٢) وأما الإمام أبو حنيفة فهو يذهب إلى صحة العقد مع النجش قضاء لأن المشتري هو المقصر وكان عليه أن يسأل أهل الخبرة ولا يتأثر باستشارة الناجش له وهو ليس طرفاً في العقد^(٣) .



(١) نهاية المحتاج للرملي (نقلاً عنه) ٤٧٠/٣ .

(٢) بداية المجتهد ١٨٥/٢ .

(٣) حاشية ابن عابدين ١٤٢/٥ .

* المطلب الثالث *

ولاية العاقدین

٩٦ - تعريف الولاية : الولاية بفتح الواو وكسرها مصدر ولى فيقال ولى الشيء إذا ملك أمره .

والولاية في اصطلاح الفقهاء هي سلطة شرعية على النفس أو على المال يترتب عليها نفاذ التصرف فيها شرعاً . ولا يكون الشخص ذا ولاية إلا إذا كان له أهلية أداء فمالك الشيء لا ولاية له في التصرف فيه إلا إذا كان له أهلية أداء كاملة ، أو كان له أهلية أداء ناقصة (كالصبي المميز) وقد أذن له وليه في التصرف الدائر بين النفع والضرر كالبيع وإذا كان التصرف نافعا نفعاً محضاً كقبول هبة فإن له التصرف بدون إذن وليه . وقد يكون الشخص متمتعاً بأهلية أداء كاملة ومع ذلك فإنه لا ولاية له في التصرف في الشيء موضوع التعاقد كمن يتصرف بالبيع في مال غيره ممن ليست له عليه ولاية وهو الفضولي .

٩٧ - أقسام الولاية : الولاية إما ذاتية وإما متعدية .

والولاية المتعدية إما شرعية وإما مستمدة من غير الشارع - بتحويل من الشارع بطبيعة الحال - وإما عامة وإما خاصة وإما ولاية على النفس وإما ولاية على المال أو على كليهما معاً .

والولاية الذاتية هي ولاية الشخص على نفسه ما دام أهلاً للتعاقد فالذاتية لا تنفك عن أهلية الأداء أبداً .

والولاية المتعدية هي ولاية الشخص على غيره كولاية الأب والجد

الصحيح وهذه ولاية مستمدة من الشارع . فهي شرعية : [بمعنى أن الشارع فوض لهما التصرف في مال الولد لوفور شفقتهما وذلك وصف ذاتي لهما فلو عزلا أنفسهما لم ينعزلا بالإجماع لأن المقتضى للولاية : الأبوة والجدودة وهي موجودة مستمرة لا يقدح العزل فيها لكن إذا امتنعا من التصرف تصرف القاضى]^(١) .

والولاية المتعدية المستمدة من الغير فهي إما عامة وإما خاصة فالعامة كولاية الحاكم على المحكومين فهي مستمدة من بيعة الأمة وكولاية القاضى فيما له من الولاية العامة فهو ولى من لا ولى له وولايته مستمدة من الإمام أو الحاكم والولاية المتعدية الخاصة كولاية الوصى والوكيل وناظر الوقف فالوصى يستمد ولايته من الموصى والوكيل من الموكل وناظر الوقف من الواقف .

هذا وقد تكون الولاية المتعدية ولاية على نفس الغير فقط أو على ماله فقط أو عليهما معاً .

والولاية على النفس فقط تتنوع فمنها ولاية الحضانة للأم على طفلها ومنها ولاية ضم الصغير بعد بلوغه أقصى سن الحضانة لأقرب عاصب ليقوم بتأديبه وتعليمه والعناية بأمره وتزويجه والولاية على النفس فقط يتولاها الأقرب فالأقرب من العصبات وهذا لا يكون إلا في حالة فقدان الأب والجد الصحيح لأن ولايتهما تشملان النفس والمال معاً . وعند تعدد العصبات من درجة واحدة كالأخوة يقدم الشقيق فإذا لم يوجد عاصب مطلقاً انتقلت الولاية على النفس إلى الأم ثم إلى غيرها من الأقارب وذوى الأرحام^(٢) وإذا لم يوجد « فالسلطان هو ولى من لا ولى له »^(٣) . والولاية على المال فقط

(١) نقلاً عن الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٧٢ .

(٢) انظر حاشية ابن عابدين ٣/٣١٧ .

(٣) من حديث مرفوع أخرجه الترمذى وقال حديث حسن .

تكون للوصى ، وأما الولاية على النفس والمال معاً فهي للأب وللجد الصحيح (أب الأب) وهي ولاية قوية فللأب أن يبيع مال الصغير بقيمته أو بغبن يسير منقولاً كان أو عقاراً ولكن تصرفه لا ينفذ إذا كان مضراً بالصغير كالبيع بغبن فاحش أو إلى مفلس .

وقد اتفق الفقهاء على تقديم الأب في الولاية فإذا لم يوجد الأب فقد اختلفوا فالحنفية^(١) يجعلون الولاية على المال بعد الأب لوصيه المختار أى الذى اختاره بنفسه فإذا لم يوجد وصى مختار فتكون للجد الصحيح ثم لوصى الجد المختار ثم بعد ذلك للقاضى لأنه ولى من لا ولى له . وللقاضى أن يعين وصياً من قبله إذا كان مشغولاً . ويختلف الشافعى^(٢) عن الحنفية فى أنه يرى أن الجد مقدم على الوصى الذى اختاره الأب لأن الجد أشفق على حفيده من وصى الأب .

ومالك وأحمد^(٣) لا يعتبران الجد، مطلقاً فى الولاية على المال ويجعلان هذه الولاية بعد الأب لوصيه ثم للقاضى أو وصيه .

٩٨ - شروط الولاية^(٤) : يشترط للولاية على الصغير وممن فى حكمه أن يكون بالغاً عاقلاً حراً وأن يكون مسلماً وأن يكون أميناً فلا تثبت ولاية للصبي والمجنون والعبد وهذا أمر بدهى لأنه لا ولاية لهم على أنفسهم فمن باب أولى لا تكون لهم ولاية على غيرهم . ولا تثبت ولاية غير المسلم على المسلم لقوله تعالى ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً ﴾ [النساء : ١٤١] .

(١) بدائع الصنائع ١٥٥/٥ .

(٢) روضة الطالبين ١٨٧/٤ .

(٣) بداية المجتهد ١٣/٢ ، المغنى لابن قدامة ٤٦٤/٦ .

(٤) يراجع فى شروط الولاية البدائع ١٥٣/٥ وما بعدها جواهر الإكليل شرح مختصر

خليل ٢٧٥/١ ، ٣٢٥/٢ - روضة الطالبين ٦٢/٧ .

ولا تثبت الولاية المالية لغير العدل لأنه غير أمين على الصغير^(١).
ويشترط جمهور الفقهاء الذكورية في الولاية وأجاز أبو حنيفة جعل الولاية
للأنثى في بعض الأحوال^(٢).

٩٩ - الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة: (٣)

فالقاضي أو الحاكم وهو ولي عام لا يتصرف مع وجود الولي الخاص
وأهليته ولو أذنت المرأة للولي الخاص أن يزوجهها بغير كفاءة ففعل صح وأما
للحاكم فلا يصح منه هذا في الأصح وللولي الخاص استيفاء القصاص والعفو
على الدية ومجاناً وليس للإمام العفو مجاناً وهذا عند الشافعية . وذكر الحنفية
الآتي : [وللولي الخاص استيفاء القصاص والصلح والعفو، مجاناً والإمام
لا يملك العفو]^(٤).

١٠٠ - ولاية الوكيل على العقد :

يعتبر الوكيل ذا ولاية صحيحة على التصرفات التي صرح له بها
الموكل . ولقد سبق التشريع الإسلامي النظم الوضعية كلها (قديمها
وحديثها)^(٥) في معرفة نظام الوكالة في أرقى صورها . فقد ابتدع التشريع

(١) المغنى لابن قدامة ٤٦٦/٦ .

(٢) الاختيار شرح المختار ١٩٨/٣ .

(٣) نقلاً عن الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧١ .

(٤) نقلاً عن الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٦٠ .

(٥) لم يعرف القانون الروماني فكرة النيابة الاتفاقية (الوكالة) أو غيرها وغاية الأمر

أنه سلم بأن رب الأسرة يمكن أن يصير مالكاً أو دائناً عن طريق أولاده أو

رقيقه بمقتضى ماله من سلطة ومن حق ملكية على أولاده ورقيقه وما يملكون

ولأن الملكية والدائنية كانت تثبت عندهم لرب الأسرة وليس للأولاد ولا الرقيق

ورؤى مقابل ذلك أن يلتزم رب الأسرة بتصرفات أولاده ورقيقه طبقاً للحدود

التي قررها القانون ولم يتعد أمر النيابة في القانون الروماني هذا الحد . فكان =

الإسلامي نظام الوكالة الكاملة فجعل كل عقد أو تصرف شرعي تجوز فيه الوكالة فيجوز للمرء أن يوكل غيره في كل ما يجوز أن يتولاه من التصرفات الشرعية من عقود وغيرها ولم يستثن التشريع الإسلامي شيئاً من العقود ولا التصرفات إلا الأعمال التي يشترط الشارع أن يتولاهها ذو الشأن بنفسه مثل أداء اليمين والشهادة والصلاة والصيام وغير ذلك من المسائل التي لا يجيزها الشارع إلا من الشخص نفسه .

والوكالة ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا ﴾ [التوبة : ٦٠] فجوز العمل عليها وذلك بحكم النيابة عن المستحقين وأيضاً قوله تعالى : ﴿ فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَاماً فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ ﴾ [الكهف : ١٩] وهذه وكالة وقد ثبتت الوكالة في الصحيح من السنة المطهرة فثبت أن رسول الله ﷺ وكل أبا هريرة بحفظ زكاة رمضان^(١) وأنه استعمل رجلاً (أى وكيلاً) على خير^(٢) وثبت أيضاً في الصحيح عن عروة البارقي أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري به أضحية^(٣)

= من يوكل آخر في تولى عقد يهيمه مع الغير لا تنصرف إليه آثار العقد وإنما تنصرف إلى الوكيل الذي يؤدي حساباً عن وكالته إلى الموكل وينقل بدوره آثار العقد إلى الموكل الذي لا تقوم بينه وبين الغير الذي تعاقد مع الوكيل أى علاقة مباشرة ثم تطور الأمر بعد ذلك في القانون بعد ظهور الشريعة الإسلامية بقرون عديدة فنقل القانون الوضعي عن الشريعة الإسلامية فكرة الوكالة بصورتها الراقية المعروفة الآن والتي ابتدعها التشريع الإسلامي وسنعود إلى هذا الموضوع في حينه إن شاء الله تعالى عند الكلام عن العاقد في القانون .

(١) رواه البخارى انظر التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول صلى الله عليه

وسلم للشيخ منصور على ناصف ٢٠١/٣ .

(٢) رواه البخارى عن أبى هريرة انظر المرجع السابق ٢٠١/٣ .

(٣) البخارى في بدء الخلق .

أى وكله فى شرائها

وأجمع العلماء على جواز الوكالة فى جميع التصرفات التى لا يشترط فيها أن يقوم بها الشخص بنفسه : جاء فى المغنى لابن قدامة : [وكل من صح تصرفه فى شىء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه رجلاً أو امرأة حراً أو عبداً مسلماً أو كافراً] .

وجاء فيه أيضاً [وأجمعت الأمة على جواز الوكالة فى الجملة]^(١) .
والوكيل له ولاية صحيحة فى إبرام العقد عن الموكل صاحب الشأن بموجب التوكيل الصادر منه ، وغنى عن البيان أنه يشترط فى الموكل أن يكون ذا أهلية للعقد الذى يعقده وكيه عنه لأن الوكيل يستمد الولاية من الموكل فإن كان هذا لا ولاية له فى إنشاء العقد بنفسه كأن يكون صغيراً أو مجنوناً فإن الذى يتولى عنه إبرام العقود هو النائب الشرعى أو القضائى ولا يتصور الوكيل هنا . وأما السفية وذو الغفلة فهما يملكان توكيل غيرهما فى كل ما يملكان التصرف فيه بأنفسهما من غير توقف على إذن القيم عليهما فيصح منهما التوكيل بالنكاح والطلاق والتوقف على النفس والذرية ومن بعدهما على الفقراء والوصية بما لا يزيد عن الثلث . ويشترط فى الوكيل أن يكون عاقلاً مميزاً على الأقل واختلف الفقهاء فى جواز توكيل ناقص أهلية الأداء (مثل الصبى المميز) فى التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ومن باب أولى فى التصرفات الضارة ضرراً محضاً .

فقد ذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أنه يجوز توكيل الصبى المميز غير البالغ فى كافة التصرفات وهذا يتفق مع أصولهم فى الحجر على الصغير المميز فهو عندهم ليس لعدم صلاحية عبارته للعقود والتصرفات بصفة عامة بل لحفظ أمواله وعجزه عن إدارتها بمقتضى صغره فضم إليه من يعينه وهو الولي

(١) المغنى لابن قدامة ٧٢/٥ .

أو الوصي وهم يحتجون هنا بأن رسول الله ﷺ لما خطب أم سلمة قالت :
إن أوليائي غيب يا رسول الله فقال ﷺ : « ليس فيهم من يكرهني » ثم
قال لعمر بن أم سلمة : « قم فزوج أمك مني » فزوجها منه ﷺ ولقد
قالوا : إنه كان في ذلك الوقت صبياً مميّزاً لم يبلغ الحلم^(١) .

ولكن هذه الحجة في الحقيقة واهية في هذا المقام لأن الرسول ﷺ
كما قال تعالى : ﴿ النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم ﴾ [الأحزاب : ٦]
وجاء في تفسير هذه الآية الكريمة : [علم الله تعالى شفقة رسوله ﷺ فجعله
أولى بهم من أنفسهم وحكمه فيهم مقدم على اختيارهم لأنفسهم]^(٢)
ولذلك فإن أمره إلى عمرو بن أم سلمة بتزويج أمه منه لا يعتبر - والله
أعلم - دليلاً على صحة عبارة الصبي المميز .

ومن جهة أخرى فإنه ليس من المؤكد أن ابن أم سلمة كان غير بالغ
في هذا الوقت ، ويذهب المالكية والشافعية إلى أنه من شروط الوكيل [أن
لا يكون ممنوعاً بالشرع من تصرفه في الشيء الذي وكل فيه]^(٣) وعلى هذا
فالصبي المميز لا يملك أن يكون وكيلاً إلا فيما أذن له فيه من التجارة من
وليه أو وصيه وما لا يملكه لنفسه لا يملكه بصفته وكيلاً عن غيره . هذا
وبناء على القول بأن عقد الصبي المميز يكون صحيحاً موقوفاً على إذن وليه
أو وصيه (وهو قول الحنفية وجمهور المالكية والحنابلة) فإن توكيل الصبي
المميز يكون صحيحاً موقوفاً على إذن الولي أو الوصي .

ويذهب الشافعية إلى بطلان عقود الصبي المميز وإلى بطلان توكيله

(١) يراجع في هذا البدائع ٢٠/٦ .

(٢) تفسير ابن كثير اختصار وتحقيق محمد علي الصابوني ٨٢/٣ .

(٣) العبارة بين القوسين نقلاً عن بداية المجتهد لابن رشد ٣٠١/٢ وفي نفس المعنى

المعنى لابن قدامة ٧٢/٥ .

وذلك هو مقتضى قاعدتهم : بأن كل شيء حجر على الصغير فيه فهو باطل إذا تولاه لنفسه أو لغيره ولذلك فإن الشافعية لا يجيزون تصحيح عقد الصبي بإجازة الولى اللاحقة^(١) فهم لا يقولون بالعقد الموقوف .

١٠١ - مدى انصراف أثر العقد - الذى يرمه الوكيل - إلى

الموكل:

يتفق الفقهاء فى أن حكم العقد الذى يرمه الوكيل ينصرف إلى الموكل وليس إلى الوكيل الذى أبرم العقد بإرادته وعبارته ويختلفون بالنسبة إلى حقوق العقد^(٢) فيذهب الجمهور إلى أن حقوق العقد تنتقل بمجرد العقد الذى أبرمه الوكيل إلى الموكل وأما الحنفية فهم يقررون أن الحقوق تنتقل إلى الوكيل ثم يقوم الوكيل بعد ذلك بنقلها إلى الموكل ، ولذلك فإن الحنفية وإن كانوا يتفقون مع الجمهور فى أن حكم العقد ينتقل إلى الموكل إلا أنه لا ينتقل إلى الموكل إلا عبر ذمة الوكيل فهو عند أبى حنيفة يدخل فى ملك الوكيل ثم ينتقل إلى الموكل بعد ذلك ولذلك فإن الحقوق لا تنتقل إلى الموكل وإنما يقوم الوكيل باستيفائها من الغير ثم ينقلها بعد ذلك إلى الموكل ، ويتفرع عن هذا أن المسلم لو وكل ذمياً فى شراء خمر أو خنزير فاشتراه له لم يصح الشراء عند الجمهور وقال أبو حنيفة يصح ويقع للذمى لأن الخمر مال لهم لأنهم يتمولونها ويتبايعونها فصح توكيلهم فيها كسائر أموالهم ويستثنى الحنفية

(١) معنى المحتاج للشريعى ١٥/٢ .

(٢) يقصد الفقهاء بحكم العقد الأثر المترتب على العقد والذى يثبت لكل من العاقدين

قبل الآخر فحكم عقد البيع هو نقل ملكية المبيع إلى المشتري والتمن إلى البائع وحكم

عقد الزواج هو حل البضع لكل من الزوجين وهكذا وأما حقوق العقد فهى كل ما

يؤكد تنفيذ حكم العقد أى مجموع المطالبات والالتزامات المرتبطة بتنفيذ العقد مثل

تسليم الشيء المبيع وقبض الثمن فالحكم فى البيع يتم بمجرد تمام العقد والتسليم يكون

بعد ذلك (إلا فى بيع الأموال الربوية) .

حالة ما إذا كان الوكيل صبياً مميزاً غير بالغ (وهم يجيزون هذه الوكالة كما سلف البيان) فإن الحقوق تنصرف إلى الموكل مباشرة مراعاة لحالة الوكيل . وكذلك الحال بالنسبة إلى عقد النكاح فإن الحقوق ترجع إلى الموكل ولا ترجع إلى الوكيل وهذا هو الحكم عندهم بالنسبة إلى العقود التي لا تتم إلا بالقبض كالهبة والرهن وغيرهما فهم في هذه العقود المستثناة يتفقون مع الجمهور^(١) .

١٠٢ - تصرف من لا ولاية له : الفضولي واختلاف الفقهاء فيه :

الفضولي في اللغة هو اسم لكل شخص يتصرف في حق لغيره بغير إذن شرعي منه كالأجنبي يبيع ملك الغير أو يزوج من ليست تحت ولايته والمعنى في الاصطلاح لا يختلف عن المعنى في اللغة :

وتصرفات الفضولي موقوفة عند أبي حنيفة (في حالة البيع دون الشراء) وعند مالك وأحمد في رواية عنه بإطلاق أي أنها تنعقد صحيحة موقوفة على إجازة من له حق الإجازة إن وجد^(٢) . وقد حكى الشافعية هذا الرأي باعتباره قولاً مرجوحاً في المذهب^(٣) .

وعند الشافعي وأحمد في رواية أخرى وعند أبي حنيفة (في حالة الشراء) فإن تصرفات الفضولي باطلة لا تصححها إجازة صاحب

(١) يراجع في هذا كله حاشية ابن عابدين ٢٨٨/٧ ، والزيلعي ٢٥٦/٤ ، مواهب الجليل للحطاب ١٨١/٥ وما بعدها - المجموع للنووي ٥٨٩/٣ - المغني لابن قدامة ١١٨/٥ .

(٢) البدائع ١٤٨/٥ وما بعدها . بداية المجتهد ١٩١/٢ - المغني لابن قدامة ١١٦/٤ .

(٣) المنشور في القواعد للزركشي (٧٩٤ هـ) ٣٠٢/١ .

الشان^(١)

● هذا ويستدل أصحاب الرأي الأول بما يأتي :

١ - ما روى في الصحيح من أن النبي ﷺ دفع ديناراً إلى عروة البارقي وأمره أن يشتري له شاة فاشترى له شاتين ثم باع إحداهما بدينار وجاء بدينار وشاة للرسول عليه الصلاة والسلام فقال له : « بارك الله في صفقة يمينك »^(٢) ولا ريب أن عروة في بيعه لإحدى الشاتين كان فضولياً وقد أقره النبي ﷺ في هذا التصرف بل وأثنى عليه بدعائه له بالبركة .

٢ - يؤيد الحنفية رأيهم بأن [صحيح عقد الفضولي - مع عدم نفاذه - فيه مصلحة للفضولي وللمالك وللمشتري من الفضولي من غير ضرر ولا مانع شرعي .. أما تحقق ما ذكرنا فإن المالك يُكفَى مئونة طلب المشتري ووفور الثمن ونفاق سلعته وراحته منها ووصوله إلى البديل المحبوب ويُكفَى المشتري وصوله إلى حاجة نفسه بالاستيلاء على المبيع والفضولي يصون كلامه عن الإلغاء والإهدار بل يحصل له الثواب إذا نوى الخير لله تعالى وإعانة أخيه والرفق به ولما كان هذا التصرف خيراً لكل من جماعة عباد الله من غير ضرر كان الإذن في هذا العقد ثابتاً دلالة إذ كل عاقل يأذن في التصرف النافع له بلا ضرر يشينه أصلاً .. فلا يقال هنا إذا ثبت الإذن دلالة ينبغي أن ينفذ العقد لأننا نقول الثابت دلالة ما لا ضرر فيه وذلك هو الانعقاد موقوفاً على إذن المالك فيثبت بهذا القدر وأما نفاذه بلا رأيه ففيه إضرار به إذ ربما لا يريد بيعه فيثبت الضرر]^(٣) .

الجديد

(١) مغنى المحتاج للشرييني ١٥٧/٣ - كشف القناع للبهوتي ١٥٧/٣ - البدائع

١٤٨/٥ وما بعدها .

(٢) رواه البخارى ٦ ص ٤٦٤ ، ٤٦٥ .

(٣) نقلاً بتصريف عن فتح القدير ٣١٠/٥ .

● ويستدل أصحاب الرأي الثاني (الشافعي ومن معه) بالآتي :

١ - ما روى عن حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله : إن الرجل ليأتيني فيريد مني البيع وليس عندي ما يطلب أفأبيع منه ثم أبتاعه من السوق ؟ قال : « لا تبع ما ليس عندك »^(١) . فهذا يدل بمقتضى ما فيه من نهى على أن يبيع الإنسان ما لا يملك لا ينعقد لأنه لا ينعقد صحيحاً تصرف صدر فيه نهى عن الشارع إذ النهى يقتضى الفساد^(٢) .

٢ - ويرى الشافعي أيضاً أن الفضولي يتصرف بغير ولاية لإبرام العقد وبالتالي فإنه لا تتوافر لديه القدرة الشرعية التي تمكنه من تنفيذ أحكام العقد لأن الولاية مثل الأهلية شرط لصلاحيّة العبارة لإبرام العقد ولا ولاية إلا إذا كان العاقد ذا شأن في العقد بصفة مباشرة - بأن يكون هو المالك - أو بصفة غير مباشرة بأن تكون له نيابة عن صاحب الشأن بولاية أو بوكالة لأن شرط انعقاد العقد أن يكون كل عاقد قادراً على تمكين من تعاقد معه من كل أحكام العقد المتعلقة به ، فإذا لم تتوافر لدى العاقد هذه القدرة المشترطة شرعاً فإن العقد لا ينعقد ويصبح مثل بيع على معدوم أو على غير مقدور التسليم كبيع البعير الشارد ، والعبد الآبق ، والسّمك في الماء والطيور في الهواء ذلك أن الفضولي إنما هو شخص يتصرف من غير ولاية له أي بغير قدرة على تنفيذ أحكام العقد قبل الطرف الآخر^(٣) .

(١) رواه الترمذى في البيوع باب كراهية بيع ما ليس عندك وأبو داود في الإجارة

باب الرجل يبيع ما ليس عنده وقال الترمذى حسن صحيح .

(٢) يراجع في بيع الفضولي عند الشافعية شرح المنهاج للجلال المحلى ١٦٠/٢ .

(٣) معنى المحتاج للشربيني ١٥٧/٣ وما بعدها ، شرح المنهاج للمحلى ١٦٠/٢ وما

بعدها .

١٠٣ - الترجيح بالنسبة لتصرف الفضولي :

الصواب في رأيي أن تصرف الفضولي صحيح موقوف على إجازة صاحب الشأن سواء بالبيع أو الشراء وهذا ما ذهب إليه المالكية وأحمد في رواية والشافعية في قول مرجوح وأما ما ذهب إليه أبو حنيفة من قصر صحة تصرف الفضولي على البيع دون الشراء فهو تحكُّم بغير دليل ، والحديث الذي يحتج به الحنفية حجة عليهم لأن عروة البارقي اشترى شاتين وقد أمره الرسول ﷺ أن يشتري شاة أى واحدة وهذا الحديث المروى في الصحيح حجة قوية على صحة تصرف الفضولي وهي حجة تدحض قول الشافعية بطلان تصرف الفضولي ولا اجتهاد مع النص لأن الشافعية أسسوا رأيهم على أن القياس هو بطلان تصرف الفضولي لأن الفضولي لا ولاية له وبالتالي فإن تصرفه لا ينعقد وهذا صحيح ولكن النص يمنع القياس لأنه الأقوى وهذا يعتبر من قبيل استحسان السنة في اصطلاح الحنفية إذ ثبت من السنة ما يوجب رد القياس كما روى في السنة عن صحة الصيام مع الأكل أو الشرب ناسياً فإن القياس كان يوجب الإفطار ولكن السنة ردت هذا القياس . ولكن هناك فارقاً بين صحة تصرف الفضولي وصحة صيام من أكل أو شرب ناسياً لأن الأول من المعاملات والثاني من العبادات والأصل في العبادات الحظر والتوقيف على عكس الأصل في المعاملات فهو الإباحة ولذلك فإنه لولا حديث صحة صيام من أكل أو شرب ناسياً فما كان يجوز تصحيح هذا الصيام استحساناً بغير نص وأما في حالة تصرف الفضولي فإنه على فرض عدم وجود حديث عروة ما كان ليمتنع القول بصحة تصرف الفضولي استحساناً بشرط أن يكون موقوفاً على إجازة صاحب الشأن لأن هذا القول - مع مخالفته للقياس في نطاق المعاملات المباحة أصلاً - يحقق مصالح الشريعة ولا يتعارض معها لأن تصحيح تصرف الفضولي مع جعله موقوفاً على الإجازة يحقق تحصيل مصالح للغير كانت ستفوت قطعاً لو أبطل تصرف

الفضولي ولا ضرر على الغير من هذا لأن الأمر بيده في النهاية فإن هو وجد أن تصرف الفضولي لمصلحته غير مفيد له أو هو غير راغب فيه فهو يملك دائماً رفض هذا التصرف فيعتبر كأن لم يكن بالنسبة له . فتصحيح تصرف الفضولي مبنى على أصل عظيم من أصول الشريعة وهو التعاون على البر والتقوى وتقديم النفع للغير وهذا الأصل أقوى من مخالفة تصرف الفضولي للقياس الفقهي في مسألة تنتمي إلى المعاملات التي أصلها الإباحة لا الحظر فهذا باب هام من أبواب الاستحسان .

ولذلك ليس غريباً أن يرجح الشافعية بطلان تصرف الفضولي لأن الإمام الشافعي رفض الاستحسان وإن كان قد استحسّن فعلاً في بعض الأحيان .

١٠٤ - حكم عقد الفضولي قبل الإجازة من صاحب الشأن :

يعتبر عقد الفضولي قبل الإجازة من صاحب الشأن عقداً موقوفاً أى صحيحاً غير نافذ لأن حكمه وحقوقه معلقة على شرط الإجازة من صاحب الشأن فهو عقد معلق على الشرط . وما يلاحظ هنا أن الفقهاء الذين أجازوا عقد الفضالة وهم الجمهور (الحنفية والمالكية والشافعية في الرأي المرجوح والحنابلة في رواية لأحمد) يذهبون جميعاً إلى عدم جواز تعليق عقود التملكيات ولذلك فإن صحة عقد الفضولي تأتي على خلاف القياس من وجهين عند هؤلاء الفقهاء .

الوجه الأول : هو أن من لا ولاية له لا يملك إنشاء العقد وقد صح عقد الفضولي استحساناً من هذه الوجهة .

والوجه الثاني : أن عقد الفضولي هو عقد معلق على شرط الإجازة وهذا مخالف لأصلهم في عدم جواز تعليق عقود التملكيات ولكن الأصح هو جواز تعليق عقود التملكيات وهذا هو رأى ابن تيمية وابن القيم ، والحق أن الفقهاء

عندما رفضوا تعليق عقود التملكيات لم يستندوا إلى نص في الكتاب أو السنة الصحيحة وإنما كان هذا مجرد صياغة فقهية تقوم على زعم أن التعليق يلحق غرراً فاحشاً بالعقد وعقود التملك يفسدها الغرر الفاحش^(١) وهذا الرأي - رغم أنه رأى الكثرة الغالبة - غير صحيح في نظري لأن التعليق في حد ذاته ليس فيه أدنى غرر إذا كانت أركان العقد قد بُيِّنَت بياناً كافياً نافياً للجهالة وكل ما في الأمر أن العقد قد ينعقد وقد لا ينعقد وهذا ليس غرراً طالما أن جميع عناصر العقد قد حددت تحديداً كافياً وهذا هو الحاصل في حالتى خيار المجلس وخيار الشرط فإن العقد يتم صحيحاً في أثناء انعقاد المجلس ولكنه يكون موجوداً على خطر الزوال إذا اختار أحد العاقدين الفسخ قبل انقضاء المجلس فهو معلق على شرط استعمال الخيار وكذلك الحال بالنسبة إلى خيار الشرط ، وقد أوجب الشارع خيار المجلس في عقود المعاوضات المالية كما أباح فيها خيار الشرط ، وعقود المعاوضات المالية هي أشد العقود تأثراً بالغرر إن لم تكن هي الوحيدة على رأى بعض الفقهاء^(٢) ، ولا ريب أن إيجاب الشارع لخيار المجلس وإباحته لخيار الشرط هو دليل قوى على جواز تعليق عقود التملكيات بأنواعها ، ولكن الغالبية العظمى من الفقهاء يذهبون إلى أن خيار المجلس وخيار الشرط يعتبر استثناء يعمل به لورود النص به وما عداه يبقى على أصل

- (١) وذلك على خلاف في التفاصيل بينهم لأن منهم من رأى أن الغرر يفسد عقود التملك بأسرها من معاوضات مالية وغير مالية وتبرعات ومنهم من ذهب بحق إلى أن الغرر لا يفسد إلا المعاوضات المالية فقط ولكن يلاحظ هنا أن هؤلاء الفقهاء رفضوا تعليق عقود التملك بأسرها على أساس الغرر والجهالة وبصرف النظر عن اختلافهم بشأن تأثير الغرر على بعض عقود التملك دون بعضها الآخر وسنعود إلى تفصيل هذه المسألة في موضعها من البحث إن شاء الله تعالى حين الكلام عن الشروط في العقد .
- (٢) ذهب ابن تيمية وابن القيم وجمهور المالكية وجمهور الحنابلة إلى أن عقود المعاوضات المالية هي وحدها التي تتأثر بالغرر .

المنع وهذا التوجه بعيد ولا دليل عليه من النصوص الشرعية ، ولذلك كله فإن الرأي الصحيح هنا - في نظري والله أعلم - هو رأى القلة الذين ذهبوا إلى جواز تعليق عقود التمليكات ومن ثم فإن صحة عقد الفضولي - على هذا الرأى - جاءت على خلاف القياس من وجه واحد فقط وهو وجه الولاية في إنشاء العقد .

ويلاحظ هنا أن القول بأن عقد الفضولي عقد معلق على الإجازة يختلف تماماً عن قولنا بأن عقد الفضولي - قبل الإجازة - غير لازم للفضولي أن يفسخه وللعاقد الآخر له أيضاً أن يفسخه ولكن العقد غير اللازم يعتبر عقداً نافذاً أى يجوز تنفيذه فى أى وقت كما يجوز لكل من المتعاقدين [أو لأحدهما فقط إن كان عدم اللزوم من طرف واحد] أن يستقل بفسخ العقد ومن ثم فإن للمتعاقد فى عقد غير لازم أن يتصرف فى المعقود عليه فوراً إذا كان قد تسلمه ، وهذا لا يمكن فى حالة عقد الفضولى حتى لو تسلم المتعاقد الآخر المعقود عليه .

ومن جهة أخرى فإن عقد الفضولى ليس من الضرورى أن يكون غير لازم بالنسبة للفضولى بل الأصل أن عقد الفضولى - منذ إبرامه يكون لازماً بالنسبة له فلا يستطيع أن يفسخ العقد قبل الإجازة من صاحب الشأن والسبب فى ذلك هو تعلق حق الغير بهذا العقد ، والفقهاء الإسلامى يحتفى بحق الغير فتقلب العقود غير اللازمة إلى عقود لازمة إذا تعلق بها حق الغير وذلك مثل عقد الوكالة لمصلحة الغير كمن وكل غيره فى أداء دين للغير فإن هذا العقد - وهو أصلاً غير لازم - ينقلب إلى عقد لازم مراعاة لحق الغير^(١) فعقد الفضولى الأصل فيه أنه لازم بالنسبة له رغم عدم نفاذه فهو لا يستطيع أن يفسخه حتى يقوم صاحب الشأن بإبداء رأيه بالإجازة أو

(١) انظر فتح القدير ١٢٠/٦ ، حاشية ابن عابدين ٥٣٦/٥

بالفسخ ، وكذلك العاقد الآخر لا يستطيع أن يفسخه إلا إذا كان قد اشترط لنفسه الخيار ومن هذا يتضح أن وصف عقد الفضولي بأنه غير لازم يعتبر وصفاً غير صحيح^(٢) .

١٠٥ - حكم عقد الفضولي بعد الإجازة من صاحب الشأن :

إذا لم يجز صاحب الشأن تصرف الفضولي فإن تصرفه يعتبر كأن لم يكن ، وإذا أجازته فإن العقد يعتبر نافذاً بعد أن كان موقوفاً غير نافذ . ولكن تثور هنا مشكلة وقت نفاذ العقد فهل يعتبر العقد نافذاً منذ إبرامه من الفضولي أي ينعطف^(٣) أثر الإجازة إلى الماضي أم لا يكون لها أثر إلا من وقت حصولها فلا يوجد العقد إلا منذ تاريخ الإجازة ؟

ولما كان الغالبية العظمى من الفقهاء يذهبون إلى عدم جواز تعليق عقود التمليكات فإنهم يعتبرون العقد المبرم من الفضولي نافداً - بالإجازة - منذ تاريخ إبرام الفضولي للعقد أي ينعطف أثر الإجازة إلى الماضي وهذا تمشياً مع رأيهم بعدم جواز تعليق هذه العقود وهم يظنون أنهم يمسخون بذلك فترة التعليق قبل الإجازة وهذا غير صحيح في الواقع لأن العقد قبل الإجازة كان معلقاً فعلاً . هذا وعلى قول الفقهاء ينقلب الفضولي بالإجازة وكيلاً منذ إبرامه للعقد .

وأما العقود التي تقبل التعليق عند الجمهور مثل العتاق والوكالة والكفالة والطلاق والإمارة فإنها تنعقد من وقت الإجازة لا من وقت العقد

(١) قارن ما ذكره أستاذنا الكبير الشيخ محمد أبو زهرة من أن عقد الفضولي عقد غير لازم فللفضولي أن يفسخه وللعاقد الآخر أيضاً أن يفسخه [الملكية ونظرية جديد العقد للشيخ محمد أبي زهرة ص ٣٦٠] .

(٢) يعبر الفقهاء عن الأثر الرجعي لأمر ما بالانعطاف وهو تعبير أبلغ لأنه وجيز بالنسبة إلى التعبير القانوني [انظر المنشور في القواعد للزركشي ٢٠٣/١ وما بعدها] .

فلا يوجد انعطاف بالنسبة لها . وغنى عن البيان أنه طبقاً لرأى ابن تيمية وابن القيم اللذان ذهبا بحق إلى جواز تعليق عقود التمليكات فطبقاً لهذا الرأى فإن هذه العقود لا تعتبر نافذة أيضاً إلا من تاريخ الإجازة فلا تنعطف بالإجازة شأنها شأن سائر العقود وهذا هو الأصح فى نظرى لأن القول بانعطاف هذه العقود إلى وقت إبرام الفضولى لها فيه تناقص واضح مع كونها معلقة فعلاً قبل الإجازة ومعرضة لاعتبارها كأن لم تكن إذا لم يجزها صاحب الشأن .

١٠٦ - مدى ولاية العاقد الواحد على صيغة العقد كاملة :

سبق أن ذكرنا^(١) أن التشريع الإسلامى سبق جميع الشرائع فى معرفة العقد بالإرادة المنفردة وهو العقد الذى ينعقد كاملاً بموجب الإيجاب وحده دون حاجة إلى قبول .

ولكننا نبحت هنا أمراً آخر وهو أن يتولى عاقد واحد صيغة عقد ينعقد بإيجاب وقبول أى يتولى هو وحده إصدار الإيجاب وإصدار القبول أيضاً . وهذه الولاية قد يكون سببها النيابة الشرعية أو القضائية أو الاتفاقية أى الوكالة ، وهناك صورة أخرى وهى أن يكون العاقد فضولياً بالنسبة للطرفين . والأصل عند الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة هو عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه عن طرفى العقد واستثنوا شراء الأب مال ولده لنفسه وبيع ماله من ولده وجعل المالكية والشافعية الجد كالأب لوفور شفقتهم وخالف فى الجد الإمام أحمد وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف ومالك فى قول عنه وأحمد فى رواية ثانية إلى جواز ذلك للموضى المعين من الأب وزاد مالك وأحمد إلى جواز ذلك فى الوكيل أيضاً فى شراء مال الصغير وخالف فى كل ذلك زفر من الحنفية فهو يرى عدم جواز التعاقد الشخص

(١) يراجع بند ٢ من هذا البحث .

مع نفسه في جميع الحالات بدون استثناء^(١) .

وذهب الحنفية والحنابلة إلى جواز ذلك في النكاح فيجوز للوكيل أن يكون وكيلاً عن الزوجين معاً وزاد الحنفية بأنه يجوز للجد أن يزوج حفيدته من حفيدته وخالف زفر من الحنفية في ذلك أيضاً لأنه يرى بصفة مطلقة عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه . هذا ويستدل الحنفية ومن نحاً نحوهم - على جواز تعاقد الشخص مع نفسه في النكاح بقوله تعالى ﴿ وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يَفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُمْ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ ﴾ [النساء : ١٢٧] فقد نزلت هذه الآية الكريمة في يتيمة في حجر وليها وهي ذات مال والخطاب هنا للولي الذي يريد أن يتزوج اليتيمة التي في ولايته ونكاح اليتيمة يكون إلى وليها فإذا كان لنفسه فهو يتولى العقد من الجانبين وسياق الآية يدل على جواز ذلك لأن الله تعالى عاتب من أراد أن ينكح اليتيمة التي في ولايته ولا يعطيها حقها وهذا العتاب لا يتصور إلا إذا أجاز للولي أن ينكح اليتيمة (تحت ولايته) نفسه بعبارة .

واستدل الحنفية أيضاً بما رواه البخاري من أن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم [أتجعلين أمرك إليّ قالت : نعم قال : قد تزوجتك]^(٢) واستدلوا بما رواه عن عقبة بن عامر أن النبي ﷺ قال لرجل : « أترضى أن أزوجك فلانة » قال : نعم وقال للمرأة : « أترضين أن أزوجك فلاناً » قالت : نعم « فزوج أحدهما من صاحبه »^(٣) .

واستدل زفر بأصول الحنفية على منع تعاقد الشخص مع نفسه بصفته

(١) يراجع في ذلك كله البدائع ١٣٦/٥ ، ٢٣٢/٢ ، المغنى ٩٧/٥ وما بعدها .

(٢) رواه البخاري كتاب النكاح الباب ٣٧ .

(٣) رواه أبو داود بسند صالح : انظر التاج الجامع للأصول للشيخ منصور على

ناصر ٢٧١/٢ .

وكيلاً عن الطرفين وقد علمنا أن من أصولهم أن حقوق العقد تتعلق بالوكيل فلا يجوز أن يتعلق به حكمان متضادان لتضارب مصالح طرفي العقد فلا يجوز أن يكون موجباً وقابلاً في وقت واحد^(١) هذا وإذا كان العاقد الواحد فضولياً وليس وكيلاً عن الطرف الآخر كأن يكون وكيلاً عن أحد العاقدين وفضولياً بالنسبة إلى العاقد الآخر فإن أبا حنيفة ومحمد يبطلان الفضالة في هذه الحالة وبالأولى إذا كان فضولياً من الجانبين .

وذهب أبو يوسف إلى جواز الفضالة في هذه الحالة ويكون العقد موقوفاً على إجازة صاحب الشأن الذي كان العاقد فضولياً بالنسبة له أو على الطرفين إذا كان فضولياً بالنسبة لهما معاً . ويستند أبو يوسف في هذا الحكم إلى القياس على الخلع والنكاح في نظره يشبه الخلع ، ولا خلاف في أن الزوج له أن يقول بغير إذن زوجه خالعت امرأتى على كذا وهي غائبة فإذا بلغها وأجازت نفذ الخلع عليها مع أنه كان فضولياً بالنسبة لها فالفقهاء إذن يتفقون على انعقاد الخلع بعبارة الزوج عن نفسه وبصفته فضولياً بالنسبة للمرأة والنكاح في نظر أبي يوسف مثل الخلع فيجوز فيه ما يجوز في الخلع ويستدل أبو حنيفة ومحمد بأن الأصل في العقد ألا ينعقد إلا بإيجاب وقبول - ما دام ليس من عقود الإرادة المنفردة - ولكن عبارة الشخص الواحد تقوم مقام العبارتين (الإيجاب والقبول) إذا وجد ما يدل شرعاً على أنها تقوم مقامهما وهذا لا يتأتى إلا بإقامة الطرف الغائب مصدر العبارة مقامه بوكالة أو بولاية شرعية فإذا لم يوجد ما يدل على هذه الولاية فالعبارة الصادرة من الفضولي ليست إلا شرطاً للعقد فهي لا تعدو أن تكون إيجاباً فقط والإيجاب لا ينعقد به عقد يتولاه طرفان بل يبطل بمجرد تفرق المجلس وعلى ذلك إذا كان العاقد الواحد فضولياً بالنسبة لأحد الطرفين فلا ينعقد عقد أصلاً لا نافذاً ولا

(١) يراجع في هذا كله البدائع ٢/٢٣٢ وتبيين الحقائق للزيلعي ٢/١٣٢ NEW & EXCLUSIVE

موقوفاً إذ لا يجوز أن تقوم عبارة الفضولي مقام عبارتين لعدم إذن العاقد الثاني وقت صدور العبارة .

ويرى أبو حنيفة ومحمد أيضاً أنه لا يقاس النكاح على الخلع إذا تولاه الرجل في غيبة الزوجة بغير إذنها لأن الخلع في حق الرجل يعتبر يمينا فإذا خالعه في غيبته بغير إذنها فهو يعتبر أنه قد علق طلاقها على قبولها بدل الخلع والطلاق يقبل التعليق عند الفقهاء بلا خلاف على عكس عقد النكاح فهو لا يقبل التعليق . هذا ويبدو لي أن رأي أبي يوسف أصح من رأي الإمام وصاحبه محمد ما دام الإمام يرى صحة إبرام عقد النكاح بعبارة الوكيل عن الطرفين أو أحدهما فهنا تقاس الفضالة في النكاح على الوكالة في النكاح . ومعلوم أن الفضالة تنقلب بالإجازة إلى وكالة فما دام الإمام قد صحح النكاح بعبارة الوكيل وحده عن الطرفين فما الذي يمنع من صحة النكاح بعبارة الفضولي وحده عن الطرفين أو عن نفسه وعن الطرف الثاني مادام عقد الفضولي يعتبر موقوفاً على إجازة صاحب الشأن فإذا أجازته انقلب الفضولي إلى وكيل ولهذا فإن رأي أبي يوسف أصح من رأي الطرفين (الإمام ومحمد) وإن كان استدلال أبي يوسف بالخلع ضعيفاً في نظري والأولى الاستدلال بالنكاح ذاته الذي يبرمه الوكيل بعبارته وحدها .

انتهى بحمد الله الجزء الأول

ويليه الجزء الثاني بإذن الله ويبدأ

بالكلام عن العاقد في القانون

■ ثبت المراجع ■

□ الكتاب :

- ١ - أحكام القرآن لأبي بكر الرازي الجصاص متوفى سنة ٣٧٠هـ.
- ٢ - المفردات في غريب القرآن للأصمعي .
- ٣ - تفسير ابن كثير (اختصار وتحقيق محمد علي الصابوني) لإسماعيل بن كثير متوفى سنة ٧٧٤هـ.

□ السنة :

- ٤ - التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول ﷺ للشيخ منصور علي ناصف.
- ٥ - المستدرك للحاكم النيسابوري متوفى ٤٠٥هـ.
- ٦ - الموطأ للإمام مالك متوفى ١٧٩هـ.
- ٧ - جامع الأصول لابن الأثير الجزري متوفى ٦٣٠هـ.
- ٨ - سنن أبي داود السجستاني متوفى ٢٧٥هـ.
- ٩ - سنن الترمذي متوفى ٢٧٩هـ.
- ١٠ - شرح صحيح مسلم للنووي متوفى ٦٧٦هـ.
- ١١ - صحيح البخاري للإمام البخاري متوفى ٢٥٦هـ.
- ١٢ - صحيح مسلم للإمام مسلم متوفى ٢٦١هـ.
- ١٣ - فتح الباري في شرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني متوفى ٨٥٢هـ.
- ١٤ - نيل الأوطار في شرح منتقى الأخبار . لمحمد بن علي الشوكاني متوفى ١٢٥٥هـ.

أصول الفقه :

١٥ - الإحكام في أصول الأحكام لسيف الدين الآمدي متوفى ٦٣١هـ.

١٦ - الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم متوفى ٤٥٦هـ.

١٧ - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني متوفى

١٢٥٥هـ.

١٨ - أصول السرخسي للسرخسي متوفى ٤٣٨هـ.

١٩ - شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه لسعد الدين

مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي متوفى ٧٩٢هـ في شرح تنقيح

الأصول لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المحبوبي البخاري الحنفي

(٧٤٧هـ).

٢٠ - كشف الأسرار على أصول البزدوى لعبد العزيز البخاري متوفى

٧٣٠.

□ الفقه :

● أولاً : الفقه الحنفي :

٢١ - الأشباه والنظائر زين العابدين بن إبراهيم بن نجم المصري متوفى

٩٧٠هـ.

٢٢ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجم المصري متوفى ٩٧٠هـ.

٢٣ - السير الكبير محمد بن الحسن الشيباني متوفى ١٨٩هـ.

٢٤ - الفتاوى الهندية جماعة من علماء الهند ١٠٧٠هـ.

٢٥ - الفتاوى الخانية للأوزجندی متوفى ٥٩٢هـ.

٢٦ - العناية شرح الهداية هامش فتح القدير محمد بن محمود البابرقي متوفى

سنة ٧٤٢هـ.

٢٧ - الهداية على بن أبي بكر المرغيناني متوفى سنة ٥٩٣هـ.

٢٨ - المبسوط محمد بن أحمد السرخسي متوفى سنة ٤٣٨هـ.

٢٩ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع علاء الدين بن مسعود الكاساني

متوفى سنة ٥٨٧هـ.

٣٠ - جامع الفصولين ابن قاضي سماوه متوفى ٨٢٣هـ.

٣١ - حاشية يعقوب بن خضر بن جلال الدين على شرح الوقاية مخطوطة متوفى سنة ٨٩١هـ.

٣٢ - رد المختار عى الدر المختار (حاشية ابن عابدين) لمحمد أمين الشهير بابن عابدين متوفى سنة ١٢٥٢هـ وتكملته قررة عيون الأخبار تكملة رد المختار لابنه محمد علاء الدين بن محمد أمين بن عابدين متوفى سنة ١٣٠٦هـ.

٣٣ - شرح المنار لابن ملك متوفى سنة .

٣٤ - فتح القدير شرح الهداية كمال الدين بن الهمام متوفى سنة ٨٦١هـ.

٣٥ - مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر . عبد الرحمن شيخى زاده متوفى سنة هـ.

● ثانياً : الفقه المالكي :

٣٦ - التاج والإكليل لمختصر خليل محمد بن يوسف الفرناطى الشهير بالمواق.

٣٧ - الشرح الصغير للدردير متوفى سنة ١٢٠١هـ.

٣٨ - الشرح الكبير للدردير متوفى سنة ١٢٠١هـ.

٣٩ - الفروق أحمد بن إدريس القرافى متوفى سنة ٦٨٤هـ.

٤٠ - المدونة الكبرى للإمام مالك . رواية سحنون محمد عبد الرحمن بن القاسم .

٤١ - المنتقى شرح الموطأ سليمان بن خلف الباجى متوفى سنة ٤٩٤هـ.

٤٢ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد محمد بن أحمد بن رشد الحفيد متوفى سنة ٥٩٥هـ.

٤٣ - بلغة السالك لأقرب المسالك أحمد بن الصاوى متوفى سنة ١٢٤١هـ.

٤٤ - تحرير الكلام للحطاب (ضمن فتح العلى المالک) محمد بن محمد بن

- عبد الرحمن الخطاب متوفى سنة ٩٥٤ هـ .
- ٤٥ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي متوفى سنة ١٢٣٠ هـ .
- ٤٦ - شرح الخرشي على خليل الخرشي متوفى سنة ١١٠١ هـ .
- ٤٧ - شرح الزرقاني على خليل محمد عبد الباقي بن يوسف الزرقاني متوفى سنة ١٠٩٩ هـ .
- ٤٨ - حاشية عميرة على شرح كنز الراغبين لشهاب الدين الشهرير بعميرة القرن العاشر الهجري .
- ٤٩ - شرح منح الجليل على مختصر خليل محمد عيش متوفى سنة ١٢٩٩ هـ .
- ٥٠ - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل محمد بن محمد بن عبد الرحمن الخطاب متوفى سنة ٩٥٤ هـ .

● ثالثاً : الفقه الشافعي :

- ٥١ - أسنى المطالب على شرح روض الطالب للشيخ زكريا الأنصاري متوفى سنة ٩٢٦ هـ .
- ٥٢ - الأحكام السلطانية للماوردي متوفى سنة ٤٥٠ هـ .
- ٥٣ - الأشباه والنظائر لجلال الدين السيوطي متوفى سنة ٩١١ هـ .
- ٥٤ - الأم الإمام الشافعي متوفى سنة ٢٠٤ هـ .
- ٥٥ - المجموع شرح المهذب محيي الدين بن شرف النووي سنة ٦٧٦ هـ .
- ٥٦ - المنثور في القواعد بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي متوفى سنة ٧٩٤ هـ .
- ٥٧ - الوجيز في فقه الإمام الشافعي أبو حامد الغزالي متوفى سنة ٥٠٥ هـ .
- ٥٨ - حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج متوفى سنة ١٠٨٧ هـ .
- ٥٩ - شرح منهاج الطالبين لجلال الدين المحلي متوفى سنة ٨٦٤ هـ .

٦٠ - مختصر المزني على هامش الأم إسماعيل بن يحيى المزني متوفى سنة ٢٦٤هـ .

٦١ - مغنى المحتاج إلى شرح المنهاج شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني متوفى سنة ٩٧٧هـ .

٦٢ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج شمس الدين محمد بن شهاب الدين الرملي متوفى سنة ١٠٠٤هـ .

● رابعاً : الفقه الحنبلي :

٦٣ - إعلام الموقعين محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية متوفى سنة ٧٥١هـ .

٦٤ - الاختيارات الفقهية لابن تيمية متوفى سنة ٧٢٨هـ .

٦٥ - الفتاوى الكبرى بتقديم الشيخ حسنين مخلوف شيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية متوفى سنة ٧٢٨هـ .

٦٦ - المغنى عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة متوفى سنة ٦٢٠هـ .

٦٧ - الإنصاف المرادوى متوفى سنة ١٠٢٦هـ .

٦٨ - شرح منتهى الإرادات منصور بن يونس البهوتي متوفى سنة ١٠٥١هـ .

٦٩ - كشف القناع للبهوتي متوفى سنة ١٠٥١هـ .

٧٠ - مجموعة فتاوى ابن تيمية شيخ الإسلام ابن تيمية متوفى سنة ٧٢٨هـ .

● خامساً : الفقه الظاهري :

٧١ - المحلى علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري متوفى سنة ٤٥٦هـ .

● سادساً : كتب اللغة :

٧٢ - أساس البلاغة للزمخشري متوفى ٥٣٨هـ .

٧٣ - القاموس المحيط محمد بن يعقوب مجد الدين الفيروز آبادي متوفى سنة

٨١٧هـ .

٧٤ - شرح شذور الذهب لابن هشام الأنصارى المصرى متوفى سنة ٧٦١هـ .

٧٥ - لسان العرب جمال الدين بن منظور الأنصارى الأفريقى المصرى متوفى سنة ٧١١هـ .

٧٦ - معجم القواعد العربية فى النحو والصرف عبد الغنى الدقر .

٧٧ - معجم مقاييس اللغة .

● سابعاً : كتب معاصرة :

٧٨ - اتجاهات النهضة والتغيير فى العالم الإسلامى عباس حبنى محمد .

٧٩ - الاشتراط لمصلحة الغير عباس حبنى محمد .

٨٠ - الالتزامات للشيخ أحمد إبراهيم مذكرة مطبوعة بمكتبة كلية الحقوق جامعة القاهرة .

٨١ - المدخل للفقہ الإسلامى محمد سلام مذكور .

٨٢ - الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبى زهرة .

٨٣ - النظرية الإسلامية فى الدولة حازم عبد المتعال الصعدي .

٨٤ - الوسيط فى القانون المدنى عبد الرزاق السنهورى .

٨٥ - علم أصول الفقہ الشيخ عبد الوهاب خلاف .

٨٦ - نظرية الالتزام فى القانون الرومانى شفيق شحاته .

٨٧ - نظرية العقد لعبد الرزاق السنهورى .

فهرس الموضوعات

٣	مقدمة
	الباب الأول : حقيقة العقد ومشروعيته
	الفصل الأول : حقيقة العقد في الفقه الإسلامي والقانون -
	المبحث الأول : حقيقة العقد في الفقه الإسلامي
	البند
٢١	١ - العقد لغة
٢١	٢ - العقد في الاصطلاح الفقهي
٣٢- ٢٦	٣ - اصطلاحات أخرى قد تلتبس بالعقد
	المبحث الثاني : العقد في الاصطلاح القانوني ومقارنة بينه وبين العقد في الفقه
٣٣	٤ - تعريف العقد عند القانونيين
	٥ - مقارنة بين العقد في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية القديمة والحديثة يظهر منها استقلال الفقه الإسلامي وتفوقه
٣٧	٦ - مقارنة بين تكوين العقد في الفقه وتكوينه في القانون
	الفصل الثاني : مدى حرية العاقد في إنشاء العقود في الفقه الإسلامي والقانون
	المبحث الأول : مدى حرية العاقد في إنشاء العقود في الفقه الإسلامي
٤١	٧ - تمهيد
	المطلب الأول : مذهب المتشددين في قاعدة الحظر .
٤٢	٨ - رأى أهل الظاهر
٤٤	٩ - عرض حجج ابن حزم في تدليله على مبدأ الحظر
٤٨	١٠ - مناقشة حجج ابن حزم
٥٨	١١ - رأى الشافعية : الأصل عندهم الحظر في العقود والشروط
٦٢	١٢ - نقد المذهب الشافعي
	المطلب الثاني : مذهب المتخفين في قاعدة الحظر



NEW & EXCLUSIVE

٦٤ - ١٣ - رأى الحنفية في العقود والشروط

١٤ - مدى أثر العرف على القياس والنصوص عند الحنفية وأثر ذلك

٦٥ على مسألة العقد

٦٨ - ١٥ - نقد المذهب الحنفي

المطلب الثالث : مذهب الموسعين لدائرة العقود والشروط وهم : جمهور
المالكية والحنابلة

٦٩ - ١٦ - رأى جمهور المالكية

٧١ - ١٧ - نقد المذهب المالكي

٧٢ - ١٨ - رأى الحنابلة

٧٣ - ١٩ - نقد المذهب الحنبلي

المطلب الرابع : مذهب الذين صرحوا بأن الأصل في العقود والشروط
هو الإباحة لا الحظر وهم : ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة والشاطبي
من المالكية

٧٤ - ٢٠ - رأى ابن تيمية

٧٤ - ٢١ - استدلال ابن تيمية بالكتاب

٧٦ - ٢٢ - استدلال ابن تيمية بالسنة المطهرة

٢٣ - وجه استدلال ابن تيمية بالكتاب والسنة على أصل الإباحة

٧٧ بالنسبة إلى العقود والشروط

٧٩ - ٢٤ - وجه الاستدلال بالاعتبار عند ابن تيمية

٧٩ أولاً : العقود والشروط من باب الأفعال العادية الأصل فيها الإباحة

ثانياً : التراضي في العقود عموماً وطيب النفس في التبرعات هو الأصل

٨٠ بالدليل القرآني

ثالثاً : الشرط المنافي لمقصود العقد والشرط المنافي لمقصود الشارع

٨١ رابعاً : الرد على الاستدلال بحديث بريرة في حظر العقود والشروط

٨١ - ٢٥ - كيفية تطبيق قاعدة حرية العقود والشروط عند ابن تيمية

٨٢ - ٢٦ - رأى ابن القيم من الحنابلة

٨٤ - ٢٧ - رأى الشاطبي من المالكية

- ٢٨ - ترجيح رأى ابن تيمية وابن القيم والشاطبي ٨٥
- المبحث الثاني : مدى حرية العاقد في إنشاء العقود في القانون وبيان
الفرق بين القاعدة الإسلامية والقاعدة القانونية .
- ٢٩ - التراضى لم يكن معروفاً في القانون الروماني إلا على سبيل
الاستثناء وفي مراحل المتأخرة : فالأصل هو الحظر في العقود ٨٦
- ٣٠ - تطور القانون تدريجياً بالنسبة لحرية إنشاء العقود في العصور
الوسطى وما بعدها وتأثره بالفقه الإسلامي حتى وصل إلى معرفة
مبدأ سلطان الإرادة ٨٧
- ٣١ - الفرق بين قاعدة الحرية في إنشاء العقود الإسلامية وبين مبدأ
سلطان الإرادة القانوني المطلق ٩٤
- ٣٢ - انتكاس مبدأ سلطان الإرادة المطلق ٩٦
- ٣٣ - مقارنة بين قاعدة حرية إنشاء العقود في الفقه الإسلامي وبين
مبدأ سلطان الإرادة المقيد في القانون ٩٨

الباب الثاني : أركان العقد

الفصل الأول : الركن الأول : صيغة العقد

المبحث الأول : الصيغة في الفقه الإسلامي .

المطلب الأول : الإيجاب والقبول وطرق التعبير عنهما .

- ٣٤ - التعريف بالإيجاب والقبول ١٠٣
- ٣٥ - طرق التعبير عن الإيجاب والقبول ١٠٥
- ٣٦ - التعاقد بالألفاظ ١٠٥
- ٣٧ - صيغ الإيجاب والقبول المختلفة ١٠٨
- ٣٨ - صيغة الماضي ١٠٩
- ٣٩ - صيغة المضارع ١٠٩
- ٤٠ - صيغة الأمر ١١٠
- ٤١ - صيغة الاستفهام ١١٢
- ٤٢ - صيغة اسم الفاعل والمنادى ١١٤
- ٤٣ - الصريح والكناية ١١٦

- ٤٤ - تفسير ألفاظ العقد : اختلاف الفقهاء بين الاعتبار بالمعاني
والاعتبار بالمباني ١١٧
- ٤٥ - الفرق بين اعتبار ألفاظ الكناية وبين قاعدة الاعتبار للمعاني لا
للألفاظ ١١٨
- ٤٦ - الفرق بين قاعدة الاعتبار للمعاني لا للألفاظ وبين قاعدة تغليب
النية على العبارة أو تغليب الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة ... ١٢١
- ٤٧ - التعاقد بالإشارة ١٢٤
- ٤٨ - التعاقد بالرسالة ١٢٥
- ٤٩ - تحديد مكان وزمان العقد بالرسالة ١٢٦
- ٥٠ - التعاقد بالهاتف ١٢٩
- ٥١ - التعاقد بالتعاطى ١٣٠
- ٥٢ - كتابة العقد بعد التلفظ بصيغته ١٣٣

المطلب الثاني : مجلس العقد

- ٥٣ - المقصود بمجلس العقد ١٣٥
- ٥٤ - اختلاف الفقهاء في تحديد مجلس العقد ١٣٥
- ٥٥ - اختلاف الفقهاء حول مجلس العقد في حالة العقود التي يشترط
فيها اتحاد المجلس ١٣٥
- ٥٦ - مذهب الفورية ١٣٦
- ٥٧ - مذهب عدم الفورية ١٣٦
- ٥٨ - اختلاف الفقهاء في تحديد وقت انفضاض المجلس ١٣٩
- ٥٩ - مذهب القائلين بأن الانفضاض لا يكون إلا بالتفرق بالأبدان ١٣٩
- ٦٠ - مذهب القائلين بأن المجلس قد ينفذ قبل التفرق بالأبدان ١٤٣
- ٦١ - بيان الرأي الصحيح في تحديد مجلس العقد بين حاضرين ١٤٤
- ٦٢ - تحديد مجلس العقد في العقود التي لا يشترط فيها اتحاد المجلس ١٤٥
- ٦٣ - مجلس العقد في العقود بين غائبين ١٤٥
- ٦٤ - مجلس العقد في العقود بين حاضرين ١٤٨

المبحث الثاني : الركن الأول للعقد في القانون مع بيان مدى تأثير

القانون بالفقه الإسلامي في هذا المجال .

- ٦٥ - تمهيد : بيان أركان العقد في القانون وطريقة تناولها في هذا البحث ١٥٠
- ٦٦ - المقصود بالتراضي ١٥١
- ٦٧ - المقصود بالالتزام وتطوره في القانون ١٥١
- ٦٨ - مقارنة بين الالتزام في الفقه الإسلامي والالتزام في القانون ١٥٣
- ٦٩ - توافق الإرادتين : الإيجاب والقبول ١٥٩
- ٧٠ - التعبير عن الإرادة الصريح والتعبير الضمني ١٦١
- ٧١ - تأرجح القوانين الوضعية بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة ١٦٢
- ٧٢ - تأثير القوانين الحديثة بالفقه الإسلامي فيما يتعلق بالإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة ١٦٦
- ٧٣ - تحديد الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره ١٧٠
- ٧٤ - تحديد وقت تمام العقد في المراسلة بين غائبين ١٧٢
- ٧٥ - مقارنة بين وقت تمام العقد بالمراسلة في الفقه الإسلامي وبين وقته في القانون ومدى تأثير القوانين في أوروبا بالفقه الإسلامي في هذا الشأن ١٧٣
- ٧٦ - القانون المدني المصري يصرح بأخذ فكرة مجلس العقد عن الشريعة الإسلامية ١٧٥

الفصل الثاني : الركن الثاني للعقد : العاقدان أو العاقد الفرد

المبحث الأول : العاقدان أو العاقد الفرد في الفقه الإسلامي .

- ٧٧ - تمهيد ١٧٨
- المطلب الأول : أهلية العاقدين أو العاقد الفرد
- ٧٨ - تعريف الأهلية ١٧٩
- ٧٩ - أهلية الوجوب ١٧٩
- ٨٠ - أهلية الوجوب والذمة لغير الآدمي : الشخص الاعتباري ١٨١
- أو الحكمي ١٨١
- ٨١ - أهلية الأداء ١٨٥

- ١٨٥ ٨٢ - مراتب أهلية الأداء
- ١٨٧ ٨٣ - عوارض الأهلية : العوارض التي تعدم الأهلية
- ١٨٨ ٨٤ - العوارض التي تجعل الأهلية ناقصة
- ١٨٨ ٨٥ - السفه
- ١٩٣ ٨٦ - الغفلة
- ١٩٣ ٨٧ - استغراق الدين
- ١٩٤ ٨٨ - مرض الموت

المطلب الثاني : الرضا وما يقترون به من عيوب

- ١٩٩ ٨٩ - رضا العاقدين
- ٢٠٣ ٩٠ - عيوب الرضا
- ٢٠٣ ٩١ - الإكراه
- ٢٠٧ ٩٢ - الخطأ والنسيان
- ٢٠٨ ٩٣ - الغلط
- ٢١٠ ٩٤ - التدليس
- ٢١١ ٩٥ - الغبن والتغريب

المطلب الثالث : ولاية العاقدين

- ٢١٦ ٩٦ - تعريف الولاية
- ٢١٦ ٩٧ - أقسام الولاية
- ٢١٨ ٩٨ - شروط الولاية
- ٢١٩ ٩٩ - الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة
- ٢١٩ ١٠٠ - ولاية الوكيل على العقد
- ٢٢٣ ١٠١ - مدى انصراف أثر العقد - الذي يرمه الوكيل - إلى الموكل
- ٢٢٤ ١٠٢ - تصرف من لا ولاية له : الفضولي واختلاف الفقهاء فيه
- ٢٢٧ ١٠٣ - الترجيح بالنسبة لتصرف الفضولي
- ٢٢٨ ١٠٤ - حكم عقد الفضولي قبل الإجازة من صاحب الشأن
- ٢٣١ ١٠٥ - حكم عقد الفضولي بعد الإجازة من صاحب الشأن
- ٢٣٢ ١٠٦ - مدى ولاية العاقد الواحد على صيغة العقد كاملة